# Ideen

zu einer

# Gerichts- und Prozeß-Ordnung

für

# Deutschland,

von

F. G. Leue.

> Vim volumus exstingui? Jus valeat necesse est,
> id est judicia, quibus omne jus continetur.
>
> Cicero.

Leipzig, 1861.
Verlag von Eduard Heinrich Mayer.

Köln, M. Lengfeld'sche Buchhandlung (E. H. Mayer).

# Inhalts-Verzeichniß.

# Vorrede.

Das Jahrzehend von 1849 bis 1858 war die schimpflichste Periode der preußischen Geschichte. Nach Außen Feigheit und Verrath am deutschen Vaterlande, im Inneren Censur, Gesetzlosigkeit und polizeiliche Willkühr, in der Religion Heuchelei und Unversöhnlichkeit, also grade das Gegentheil der Gebote des Christenthums, mit dem man so viel Prunk und Schein in Berlin trieb. Juvenal sagt:

Si natura negat, facit indignatio versum.

Die Indignation hat mich zwar nicht zu Versen begeistert, aber den Entschluß in mir gereift, die Grundsätze aufzusuchen und die Gesetze auszuarbeiten, durch welche das Recht und die bürgerliche Freiheit in den Gerichten geschützt werden und solche Zeiten nicht wiederkehren, wie wir sie so eben erlebt haben. Wenn die Gerichte keinen Schutz gewähren können, — anderswo ist er nirgend zu finden. Das ganze Geheimniß der englischen Habeas-Corpus-Akte (dieses gerechten Stolzes der Engländer) beruht in der Provokation auf rechtliches Gehör gegen gesetzwidrige Verhaftungen, die dann unmöglich sind, wenn die Gerichte von den Ministerien unabhängig gestellt werden. In Preußen fand unter dem Ministerium Manteuffel das umgekehrte Verhältniß Statt. Die Justiz war zur unterthänigen Dienerin der Polizei herabgewürdigt und die Gerichte haben ihr zu allen Mißbräuchen treue Dienste geleistet.

Mit der Regentschaft ist allerdings ein besserer Geist in die Staats-Regierung gefahren und wir haben ein

Ministerium, dem man rühmlich nachsagen muß, daß es die Gesetze achtet und gewissenhaft ausführt. Dies hat eine kindliche Freude im Lande erregt, — ein Beweis unserer Bescheidenheit in politischen Wünschen, vielleicht mehr ein Beweis unseres Mangels an politischer Bildung. Wir haben noch eben dieselben organischen Gesetze, eben dieselbe Gerichts- und Prozeß-Ordnung, mit denen jenes triste ministerium (nach Virgil's Ausdruck) so große Thaten gethan hat und die polizeiliche Allmacht kann täglich erneuert werden, wenn sich nur Jemand findet, der sie erneuern will. Also beruht in Preußen die persönliche und bürgerliche Freiheit eines Jeden, statt auf Gesetzen, auf dem Zufall, ob ehrliche oder unehrliche Männer die Verwaltung führen. Die zweite Kammer der Volksvertretung hat bisher nichts gethan, um diesen Zustand einer völligen Unsicherheit zu ändern und wir haben Gründe zu der Vermuthung, daß auch vom Staats-Ministerium nichts geschehen wird.

Ich finde mich daher bewogen, meine Ideen über eine für Deutschland passende Gerichts- und Prozeß-Ordnung der Oeffentlichkeit zu übergeben, damit nur einmal die Frage angeregt werde, wo die Krankheit unseres Staatskörpers steckt und wo die Heilung zu versuchen ist. Ich bin von der Voraussetzung eines deutschen Reichs und einer einheitlichen Gesetzgebung ausgegangen, welche für den Rest meiner Tage die Aufgabe meines Lebens und das Ziel meines ganzen wissenschaftlichen Strebens sein werden.

Bei jedem Rechts-Institut ist die Quelle angegeben, der wir dasselbe verdanken.

# Ideen

zu einer

## Gerichts- und Prozeß-Ordnung für Deutschland.

Willkühr herrschen. Willkühr aber können die Partheien gegen einander und kann der Richter gegen die Partheien ausüben. Jene stehen in völlig gleichen Rechten vor dem Richter, dessen amtlichen Befugnissen Gränzen vorgezeichnet und dessen Pflichten genau bestimmt werden müssen. Die Gleichheit in den Angriffs- und Vertheidigungsmitteln, die Gränzen der richterlichen Gewalt und ihre Pflichten innerhalb dieser Gränzen können nur dadurch erhalten und gesichert werden, daß für jede prozessualische Handlung eine gewisse Form vorgeschrieben und das ganze Verfahren nach festen Regeln geordnet ist, das heißt es ist eine Prozeßordnung nothwendig. Sie bindet den Richter so gut wie die Partheien, indem sie die Mittel und Wege vorschreibt, wie diese ihr Recht fordern und wie jener es ertheilen soll.

Die Prozeßordnung aber setzt eine Gerichtsordnung voraus, auf welcher als nothwendiger Grundlage das System des Prozesses erbaut sein muß. Zuerst muß man Gerichte, Richter, Kronanwälte, Advokaten und die vermittelnden Beamten haben, ehe man sagen kann, worin deren Rechte und Pflichten bestehen und in welchen Formen sie handeln sollen. Dies Gesetz bestimmt daher die Anzahl, den Rang, den Bereich und die innere Einrichtung der Gerichte, so wie die Befähigung, Ernennung und den amtlichen Beruf aller jener Beamten, durch deren Mitwirkung gerichtliche Handlungen unter öffentlicher Beglaubigung vorgenommen werden.

Die Klagen über den elenden Zustand des Gerichtswesens in Deutschland sind beinahe so alt, wie die deutsche Geschichte und wir ersehen schon aus den Kapitularien Karl's des Großen, welche Mißbräuche es waren, die er durch seine Verordnungen abschaffen wollte. Seitdem haben wir das römische Recht aufgenommen, dann das kanonische, die Reichsgesetzgebung hat den Prozeß vor dem Reichskammergericht ausgebildet und die Partikular-Gesetzgebung hat fleißig gearbeitet, um ein solches Labyrinth für Deutschland zu erschaffen, wie kein anderes Land in der Welt besitzt. Seit 1815 haben die deutschen Gelehrten viel für eine Verbesserung des kläglichen Zustandes der Prozeßgesetzgebung gethan und die Gesetzgebung in den einzelnen Staaten Deutschlands hat sich sehr angelegentlich mit der Verbesserung des bürgerlichen Prozesses beschäftigt. Aber es ist sehr merkwürdig dabei und es zeugt von dem geringen Beruf der gesetzgebenden Herren zur Gesetzgebung, daß in keinem einzigen Lande zuvor eine neue Gerichtsordnung geschaffen ist, auf welchem man das neue Verfahren erbaute, daher wohl viel verändert, aber wenig gebessert ist und

alles Experimentiren hat am Ende nur dahin geführt, daß die Klagen ihre Gegenstände wechselten. Denn was nutzen die schönsten Gesetze mit schlechten Gerichten? Für Deutschland ist es sehr sicher und durch die bisherige Erfahrung bestätigt, daß ohne eine neue Organisation der Gerichte alle Verbesserungen des Prozesses ihr Ziel verfehlen werden.

Jedem sein Recht gewähren und die bürgerliche Freiheit schützen — das ist die Aufgabe der Gerichtsverfassung und des gerichtlichen Verfahrens. Die Kunst der Gesetzgebung besteht hier darin, die richtigen Prinzipien zu finden und dazu gibt eben jene Aufgabe den Leitfaden. Hat man nun die richtigen, das heißt die zur Erfüllung jener Aufgabe führenden Prinzipien gefunden, so kommt es weiter darauf an, dieselben folgerecht auszubilden und für alle Prozeßhandlungen in die Wirklichkeit einzuführen, was die Aufgabe der praktischen Erfahrung und des richtigen Denkens ist.

Jene Prinzipien sind folgende:

1. Die Berufung der besten Juristen als Richter ist die erste Bedingung der Richtigkeit der gerichtlichen Entscheidungen.
2. Die Unabhängigkeit der Gerichte und die Unverletzlichkeit der Richter ist eine eben so wesentliche Bedingung der Gerechtigkeit ihrer Urtheile.
3. Der Richter soll in streitigen Angelegenheiten nur Urtheiler über Rechtsverhältnisse sein und weder ein imperium für Ausführung seiner Entscheidungen haben, noch mit irgend einem Verwaltungsgegenstand befaßt sein.
4. Niemand kann verwehrt werden, den Schutz des Richters anzurufen, der unmittelbar durch die Ladung der Parthei befaßt wird.
5. Die Erhebung jeder Klage und die Vorladung des Gegners ist ganz dem Ermessen des Klägers anheim gegeben und keine Klage darf von der Zulassung des Richters abhangen.
6. Niemals kann gegen eine Parthei ein Urtheil ergehen ohne gesetzliche Vorladung derselben und ohne freie und vollständige Vertheidigung im Fall ihres Erscheinens.
7. Die Partheien stehen in gleichen Rechten vor dem Richter und bleiben im Prozeß eben so Herren über ihre Rechte, wie sie es außer Prozeß sind. Der Richter urtheilt nur, wenn und so weit er angerufen wird, ihm stehen keine Zwangsmittel zu Gebote und die Prozeßleitung hat er nur so weit sie als Mittel für die Entscheidung über das Verlangen einer Parthei dient.

8. Der Richter muß jede Klage durch ein Urtheil erledigen, und dem Kläger werden die Mittel gegeben, um das Urtheil zu erwirken.
9. Die Gerichte prüfen ihre Kompetenz selbst und auch die Entscheidung über die von Verwaltungsbehörden erhobenen Kompetenz-Conflikte verbleibt ihnen und zuletzt dem obersten Gerichtshofe.
10. Das rechtskräftige Urtheil hat Gesetzeskraft zwischen den Partheien und dessen Vollziehung kann durch keine Macht gehindert werden. Den Titel dazu bildet die Ausfertigung, welche der Gerichtsschreiber in der vorgeschriebenen Form ertheilen muß und die wirkliche Vollziehung erfolgt vermöge Auftrags der Parthei durch einen Beamten, welcher zur Annahme und Erfüllung des Auftrags verbunden ist.
11. Jeder Parthei sind in der Regel zwei ordentliche Instanzen für alle ihre Streitsachen gegeben.
12. Den Schluß des ganzen Systems der Gerichtsverfassung bildet ein Kassationshof, welcher alle anderen Gerichte in den Schranken des Gesetzes erhält und die Einheit des Rechts bewahrt.

Die Grundzüge einer auf obige Prinzipien erbauten Gerichts- und Prozeß-Ordnung sind in den folgenden Abhandlungen weiter ausgeführt.

# I.

## Berufung der Richter.

Da der Richter das lebendige Organ des Gesetzes ist, da ein streitiges Recht nur durch seine Vermittlung ein wirkliches wird, so ist klar, daß dessen Vollkommenheit als Mensch und Richter die Reinheit der Quelle bedingt, aus welcher Recht und Gerechtigkeit auf die Bürger ausfließt. Fähigkeit und guter Wille sind die beiden wesentlichen Erfordernisse zur möglichst vollkommenen Erfüllung seines Berufs, mit andern Worten: der Richter muß das Wahre und Rechte zuerst erkennen können und dann auch erklären wollen. Die Fähigkeit wird erworben durch gehörige Ausbildung für seinen Beruf und der gute Wille wird gesichert durch Entfernung aller äußern Einflüsse auf ihn. Jene ist positiver Erwerb, diese Schutz gegen Hindernisse.

Die Gerichtsordnung muß daher zuerst vorschreiben, in welcher Art die Ausbildung eines Juristen erfolgen soll und welche Beweise darüber vorzulegen sind, damit er zu jedem gerichtlichen Beruf fähig erachtet werde. Seitdem das Recht ein ganzes System ausmacht, dessen Kenntniß eine große Wissenschaft und dessen Anwendung eine schwere Kunst geworden ist, kann die Befähigung zum richterlichen Amte nicht anders, als auf dem Wege wissenschaftlicher Ausbildung erworben werden. Die Methode, zuerst durch theoretischen Unterricht auf der Universität, dann durch praktischen Unterricht in den Gerichten und Uebung in den Geschäften unter wiederholten Prüfungen ist in Deutschland seit langer Zeit angenommen und sie hat sich in der Erfahrung so sehr bewährt, daß es überflüssig ist, die Nützlichkeit dieser Einrichtung zu beweisen. Hoffentlich wird man diese vortreffliche Schule niemals verlassen und jede neue Gerichtsordnung kann nur beibehalten, was man vorfindet.

Nachdem die Fähigkeit erworben ist, fragt sich weiter wie der gute Wille zu sichern sei. Da einmal die Gerichte

die Organe des Rechts sind, so hängt hier Alles von der Persönlichkeit des Richters ab und die Personal-Frage ist präjudiciell für die Einrichtung der Gerichte und die Form des Verfahrens. Je bessere Richter man bestellt, desto mehr kann man ihnen anvertrauen und desto weniger Sicherheits-Maßregeln bedürfen die Partheien gegen Irrthum und Willkühr. Umgekehrt, je schlechter die Richter sind, desto weniger kann man ihnen anvertrauen und desto mehr Schutz für ihre Rechte müssen die Partheien in formellen Vorschriften, in Aufsicht und kollegialischer Einrichtung finden. Nur in der Voraussetzung der tüchtigsten und würdigsten Juristen als Richter kann man unter mehren Verfahrungsarten diejenige mit Sicherheit wählen, mit der auf dem kürzesten und leichtesten Wege das beabsichtigte Ziel erreicht wird, nämlich die Aufklärung des Richters nach einer vollständigen Vertheidigung der Partheien und am Ende ein richtiges Urtheil. Wenn zuerst von allen Juristen, welche zur Verwaltung eines Richteramtes fähig sein sollen, eben dieselbe theoretische und praktische Ausbildung erfordert wird, so sind sie in der Art alle gleich und einer unterscheidet sich vom andern nur darin, worin die Menschen auch in jedem andern Beruf sich unterscheiden, nämlich in natürlichen Anlagen, im Charakter und der Reife der Urtheilskraft durch längere Uebung. Wer findet nun unter den Guten am sichersten die Besten? Was das Verstehen betrifft, unbedenklich diejenigen, welche sie erprobt und bewährt gefunden haben, also die Mitbürger, nicht die Regierung.

Der Richter ist Staatsbeamter, nicht Kronbeamter. Werden die Richter von der Staatsregierung ernannt, so werden sie aus Staatsbeamten zu Kronbeamten erniedrigt. Denn sie kommen dadurch in ein immerwährendes Verhältniß der Abhängigkeit und bleiben für die ganze Dauer ihres Amtes, gewöhnlich also für die Dauer ihres Lebens den Einwirkungen von oben her unterworfen. Die daraus entstehende Gefahr für die Unpartheilichkeit, also die Gerechtigkeit ihrer Urtheile ist so allgemein anerkannt, daß in jedem Lande gewisse Einrichtungen angeordnet sind, die bewirken sollen, den durch die Ernennung von der Staatsregierung abhängig gemachten Richter wieder unabhängig zu machen. Diese Einrichtungen, welche den unfreien Richter wieder frei machen sollen, bestehen

in seiner Ernennung auf Lebenslang,
in seiner Unabsetzbarkeit,
in einem festen Gehalt.

Dies ist allerdings etwas, aber lange nicht genug für die Aufgabe.

Es ist nicht die Unabhängigkeit des Charakters des Mannes, die gegründet werden soll. Diese moralische Eigenschaft kann der Mensch sich nur selber geben; sie kann ihm nicht durch äußere Mittel erworben werden. Man sucht hier die Unabhängigkeit von solchen äußern Motiven, welche von der Staatsregierung ausgehen und auf den guten Willen des Richters in der Art einwirken, daß sie ihn den Absichten der Regierung geneigt und willfährig machen. Ohne schützende Gesetze hat sie es in der Gewalt, den Richter wegen seiner Urtheile zu bestrafen oder zu belohnen, und wenn sie diese Gewalt behält, er also das erste fürchten muß und das zweite hoffen darf, so wird er ganz sicher nicht gerecht und unpartheiisch bleiben.

Also muß der Richter gleichmäßig sicher gestellt werden gegen Furcht vor Verlust seines Besitzes und gegen Hoffnung auf Erweiterung desselben durch die Staatsregierung.

Durch Berufung auf Lebenslang, durch Unabsetzbarkeit und ein festes Gehalt hat man das erste zu erreichen gesucht. Gegen das zweite hat man in Deutschland keine Sicherungsmaßregeln gesucht und unter der Ernennung durch die Staatsregierung sind auch keine zu finden. Und dennoch ist die Hoffnung auf Gewinn eine eben so mächtige Triebfeder, wie die Furcht vor Verlust, wie so viele Richter durch die That beweisen. Die Belohnungen, welche die Staatsregierung für geleistete oder erwartete gute Dienste geben kann, bestehen in Beförderungen zu höheren Aemtern, Gehalts-Erhöhungen, einzelnen Geldgeschenken (Gratifikationen genannt), in Titeln, Orden und Ehrenzeichen. Alle diese Gnaden fließen reichlich auf diejenigen, welche sich als gesinnungstüchtig bewähren. Wer aber seine guten Gesinnungen, das heißt seinen Eifer für die absolute Monarchie und seinen Haß gegen alle Volksrechte nicht öffentlich zur Schau trägt, wer nicht seine dürftigste Freisinnigkeit sorgfältig verbirgt und nicht für die göttliche Einsetzung der Könige und aller Obrigkeiten schwärmt, wer nicht mit einem großen Gebetbuch unter dem Arm fleißig die Kirchen besucht und so betet, daß es viele sehen, der bleibt von allen jenen Gnaden ausgeschlossen. Wenn die Staatsregierung durch ein solches System öffentliche Preise der Verkäuflichkeit ausstellt — ist es zu bewundern, wenn die Menschen am Ende verkäuflich werde?

Die Kaiser Gratian, Valentinian und Theodosius sagen: disputare de principali judicio non oportet: sacrilegii enim instar est, dubitare, an is dignus sit, quem elegerit Imperator

(L. 3. C. de crim. sacril. 9. 19.) Auch in Deutschland, das viel Aehnlichkeit mit dem sinkenden und wenig mit dem blühenden römischen Reich hat, ist jeder Zweifel an der Unfehlbarkeit des Trägers der Krone ein halbes sacrilegium und wird nicht mit Gründen, sondern mit Preßprozessen beantwortet. Wo die Ernennung der Richter der Krone zusteht, erfolgt sie wirklich vom Könige? Bei keinem einzigen, denn er kennt keinen. Die Ernennung geschieht unter dem Namen des Königs in der Wirklichkeit vom Justizminister. Wie es damit geht, lehrt die Erfahrung aller Zeiten. Zuerst werden die Verwandte und Freunde des Ministers auf's Beste versorgt. Ist diese Klasse erschöpft, so kommen die Gleichgesinnten an die Reihe, dann folgen diejenigen, welche sich beeilen, gesinnungstüchtig zu werden, ehe es zu spät wird. In der Wahl der übrigen wird er durch Erkundigungen geleitet, welche er entweder aus Empfehlungen oder aus allerlei Berichten schöpft, oft aus den Berichten der Polizeibeamten, denen natürlich ganz genau bekannt ist, was zu einem guten Richter gehört. Sein oberster Maaßstab der Beurtheilung ist niemals die Tüchtigkeit, sondern immer die gute Gesinnung dessen, der ernannt werden soll und darunter ist die blinde Unterthänigkeit gegen das herrschende Regierungssystem verstanden. Ein Mann, der seiner Gesinnung treu bleibt, ist darum allein von aller Beförderung ausgeschlossen, weil er ein Charakter ist. Es ist eine Demoralisirung des Richterstandes und eine Verfälschung der Quelle der Gerechtigkeit, wenn der Richter schon im Beginn seiner Laufbahn seine wahre Denkart verbergen und unwahre Gesinnungen erheucheln muß, um seine künftige Existenz zu sichern. So ist die Ernennung in den Händen des Justizministers lediglich Partheisache und wird es in seinen Händen immer bleiben.

Das einzige Mittel, um die Unpartheilichkeit der Richter gegen die Beugung des Rechts zu Gunsten der Regierung aus Hoffnung auf Belohnung sicher zu stellen, ist deren Wahl durch die Mitbürger auf Lebenslang und der gesicherte Besitz des Amtes mit dessen Einkünften. Ihre Hoffnung auf die Wahl zu einem höheren richterlichen Amte beruht dann einzig und allein in dem Vertrauen ihrer Mitbürger, und dies kann man sich nur durch Tüchtigkeit und Redlichkeit erwerben. Das ist es ja eben, was man von jedem Richter verlangt und so fällt sein eigenes Interesse mit dem Wohl des Staates zusammen.

In allen Verfassungsurkunden der deutschen Staaten findet sich nach dem Vorgange Frankreichs der Grundsatz, daß die Gerechtigkeit im Namen des Königs verwaltet werde. Aus diesem

Grundsatz, wenn er richtig wäre, würde folgen, daß der Richter der Diener der Krone wäre, und daraus würde weiter folgen, daß er auch vom Könige ernannt werden müßte. Aber jene Folge ist augenscheinlich falsch. Denn wer Diener ist, dem hat sein Herr zu befehlen, und er ist dessen Befehlen Gehorsam schuldig. Nun aber hat der Richter als solcher keinen anderen Vorgesetzten, als das Gesetz und sein Gewissen und weder der König noch ein Minister hat ihm irgend etwas zu befehlen. Auch wagt es noch nicht einmal Einer. Jener Grundsatz ist aber auch überhaupt falsch, wenn man auf die Sache selbst sieht und nicht auf das bloße Außenwerk, wer den Namen hergibt, um an die Spitze der Urtheile geschrieben zu werden. Alle Anklagen werden im Namen der Krone erhoben und zwischen ihr als der klagenden Parthei und dem Angeklagten entscheiden die Geschworenen oder die Richter nicht im Namen der einen Parthei, sondern der bürgerlichen Gesellschaft. Warum verlangt das Volk mit solcher Entschiedenheit Geschworenengerichte? Weil in allen politischen Anklagen die von der Krone ernannten Richter niemals unpartheiisch sind und dies, weil sie in Abhängigkeit von derselben stehen. Warum will jede Regierung das Urtheil über politische Anklagen den Geschworenen entziehen und einem Kollegium von ihr ernannter Richter übertragen? Wiederum, weil diese Richter partheiisch sind und dadurch 50 Prozent Verurheilungen mehr herauskommen. *) Auch

---

*) In Preußen hat der König Friedrich Wilhelm III. durch einfaches Kabinetsschreiben vom 25. April 1835, adressirt an die Minister der Justiz, des Innern und der Polizei, das Kammergericht in Berlin als Spezialgerichtshof für alle Verbrechen und Vergehen gegen die Verfassung des Staats die öffentliche Ordnung und Ruhe bestellt. Dies Ausnahmegericht überlebte das Jahr 1848 nicht. Die Verordnung vom 3. Januar 1849 führte den mündlichen Anklageprozeß mit Geschworenen ein, die sich der Regierungspräsident nach Belieben aussucht. Art. 67. War er ein Reaktionär, so suchte er aus sämmtlichen Reaktionären des ganzen Regierungsbezirks die Reaktionärsten aus, und diese Verurtheilungsmaschine sollte dann ein Volksgericht darstellen. Dies war aber dem Ministerium Manteuffel noch nicht genug. Durch Gesetz vom 25. April 1853 wird das Kammergericht als Spezialgerichtshof mit erweiterten Befugnissen wieder hergestellt, mit Ausschluß der Geschworenen. Wenn dann nur das Kammergericht gehörig besetzt wird, so hat man sie Alle in der Gewalt, man kann ruhig schlafen, denn das Auge des Kammergerichts wacht darüber, daß die Sonne des 18. März 1848 nicht wieder aufgehen wird. Es ist unbegreiflich, wie ein Ministerium auf den Gedanken kommen kann, mit solchen Gesetzen die Sicherheit der Regierung begründen zu wollen. Diese Genie's wußten noch nicht einmal, daß eine Regierung durch ungerechte Verurtheilungen an ihrem eigenen Verderben arbeitet.

die Civilrichter besorgen in der Entscheidung der zwischen den Bürgern unter sich entstehenden Streitigkeiten nicht eine Angelegenheit der Krone, sondern der bürgerlichen Gesellschaft. Was kann natürlicher sein, als daß das Volk die Männer selbst wählt, welche seine Angelegenheiten besorgen sollen? Und ist es nicht eine Ungereimtheit, zuerst der Krone die Ernennung der Richter zu übertragen und hinterher allerlei Mittel zu ersinnen, wie man diese Ernennung wieder unschädlich mache, wie man den Ernannten der Gewalt des Ernenners wieder entrücke? In den von der Krone ernannten Richtern sieht das Volk die Gewalt versinnlicht, welche die Krone über das Volk ausübt und die Richter sind die Träger eines Theils der Gewalt, welche so oft dem Unrecht gedient hat, daher gefürchtet und zuweilen gehaßt wird. Die gewählten sind die Männer seines Vertrauens, in ihnen sieht es die Idee des Rechts repräsentirt, welche ein Gegenstand seiner höchsten Verehrung ist und die Achtung für das Recht überträgt sich gerne auf die Träger desselben. Nur durch die Wahl des Volks werden die fähigsten und besten gefunden werden und der Unfug wird ganz sicher aufhören, die unfähigsten zu erhöhen, wenn sie nur gesinnungsvoll, das heißt von der Parthei der regierenden Herren und ihnen unbedingt unterthänig sind. Jeder Jurist ist in seinem Geschäftskreise den Einwohnern ganz genau bekannt und das Urtheil über seinen intellektuellen und moralischen Werth steht bei der Mehrzahl fest. Hier wird nicht Gunst oder Ungunst die Wahl leiten, sondern das eigene Jeden unmittelbar berührende Vermögens-Interesse wird die Bürger bewegen, denjenigen als ihren Richter zu wählen, welchen sie in Wahrheit für den würdigsten halten. Mögen immerhin Einzelne aus Gunst oder Ungunst abstimmen, im Ganzen wird sich in der Wahl treu das öffentliche Urtheil der Wähler abspiegeln.

Das Wahlrecht muß sich innerhalb des Kreises der Fähigen bewegen, so daß die Wahl bei Strafe der Nichtigkeit nur solche Männer treffen darf, welche nach Vorschrift der Gerichtsordnung ihre Befähigung bewiesen haben. Der Mangel dieser Beschränkung war der größte Fehler, dessen sich die Franzosen schuldig gemacht haben und eine der Ursachen, warum sich die in der besten Absicht geschaffene Gerichtsorganisation vom 1789 so über alle Maaßen schlecht bewährt hat. Das Gesetz vom 16. August 1790 Tit. 2. Art. 3 verordnet die Wahl aller Richter durch die Einwohner des Gerichtsbezirks (wiederholt in der Verfassung vom 3. September 1791. Tit. 3. Kap. 5. Art. 2). Die Friedensrichter wurden auf 2, die Tribunalsrichter auf 6 Jahre gewählt,

waren indeß wieder wählbar. Bedingung der Wählbarkeit war ein Alter von 30 Jahren, außerdem bei Friedensrichtern ein geringer Census und der Wohnsitz im Kanton, bei Tribunalsrichtern eine fünfjährige Praxis als Richter oder homme de loi. Tit. 2. Art. 4 und 9, Tit. 3. Art. 3 und 8 des Gesetzes von 1790. Von einer wissenschaftlichen Ausbildung war keine Rede im Gesetz. Bei diesen geringen Anforderungen wurde den elendesten Subjekten der Weg eröffnet, durch Ränke und Schliche die Stimmen der Wähler sich zu erwerben und wenn sie einmal im Amte waren, so wurde dasselbe bei seiner kurzen Dauer und dem dürftigen Tagelohn *) ausgebeutet, wie ein Bergwerk, aus dem der Besitzer so viel zu Tage fördert, als irgend los zu machen ist. Unwissenheit und Verkäuflichkeit war durch Schuld des Gesetzes der Charakter der Richter. Die Verfassung vom 22. Frimaire J. VIII. Art. 41 übertrug die Ernennung der Richter wieder dem Staatsoberhaupt; aber die Folgen der früheren Mißgriffe blieben noch lange fühlbar.

Dies sind die inneren Gründe für die Wahl der Richter. Auch äußere treten hinzu, von denen ich der Kürze wegen nur einen erwähnen will. Er liegt in dem neuen Verfahren selbst, das in Ausübung kommen soll. Die vom Volk gewählten Richter werden das äußerste ihrer Kräfte aufbieten, um das ihnen geschenkte Vertrauen zu rechtfertigen. Wenn aber die von der Staatsregierung ernannten beibehalten werden, so werden Viele aus der dem Menschen angeborenen Trägheit und in dem Bewußtsein des sicheren Besitzes ihres Amtes keinen Fleiß anwenden, um die neue Prozeßordnung zu erlernen. Sie werden dieselbe daher aus Mangel an Verständniß schlecht anwenden und vieler Partheien Rechte verletzen. Ja sogar (so unglaublich es klingen mag) es sind Richter da, welche aus Eigensinn und Haß gegen alle Neuerungen die neuen Gesetze absichtlich schlecht ausführen, um sich die innere Genugthuung zu verschaffen, ihren Groll gegen den Gesetzgeber ausgelassen zu haben und um die Partheien glauben zu machen, das Alte sei gut gewesen, das Neue nichts werth. Erfolgt die Ernennung durch die Staatsregierung, so trägt sie die Verantwortung; geschieht die Wahl durch das Volk, so sagt man: warum habt ihr nicht besser gewählt?

*) Das Gehalt eines Friedensrichters war 600 — 900 Livres je nach der Größe der Städte. Der Tagelohn in Paris und andern großen Städten betrug ein Livre. Der Friedensrichter hatte also täglich $2\frac{1}{2}$ Mal so viel wie ein Tagelöhner, beinahe 20 Sgr. nach unserm Gelde.

Die Wahl gebührt von Rechtswegen den Bürgern, welche durch ihr Vermögen, ihr Gewerbe, ihre Bildung und ihre gerichtliche Geschäfte zuerst die Fähigkeit besitzen, die Erfordernisse zu einem tüchtigen Richter beurtheilen und den Würdigen von dem Unwürdigen unterscheiden zu können und welche dann auch durch eigenes Interesse zu der Wahl des besten bewogen werden. Sodann fordert die Wahl selbst eine vorläufige Zusammenkunft der Wähler und ihre Berathung, wo möglich auch ihre Vereinigung über die Person des zu wählenden, sonst kann sie nicht mit gehöriger Ueberlegung geschehen und der Zufall wird am Ende die Stimmen vereinigen, wenn nicht dieselben sich zersplittern und die ganze Handlung erfolglos bleibt. Aus beiden Voraussetzungen ergibt sich, daß der politische Wahlmodus hier nicht anwendbar ist. Am besten wird die Absicht des Gesetzes erreicht werden, wenn den Gemeinden durch ihre Vertreter die Wahl übertragen wird.

## II.

# Einzel-Richter oder Richter-Kollegien.

In Deutschland und Frankreich wird einem einzelnen Richter nur die Entscheidung über persönliche Klagen von geringem Werthe anvertraut und das Urtheil eines Richter-Kollegium's in allen Sachen von größerer Bedeutung erfordert. Im republikanischen Rom konnte wohl der Praetor extra ordinem über solche Fragen entscheiden, welche die Regulirung des Prozesses, Provisorien und Incidentpunkte betrafen. Aber der ordentliche Prozeß war ein so einfaches und zweckmäßiges Verfahren, daß auch für die kleinsten Gegenstände eine größere Abkürzung nicht möglich und für die größten eine Vermehrung der Förmlichkeiten kein Bedürfniß war. Die Einfachheit und Zweckmäßigkeit dieses Verfahrens beruhte wesentlich darauf, daß alle Verhandlungen mündlich waren. Mit dem Untergange der alten Gerichtsverfassung, der im dritten und vierten Jahrhundert allmählig erfolgte, wurde das Verfahren vor dem Magistrat, der nun den ganzen Prozeß instruirte, schwieriger und weitläuftiger und man begann die Verhandlungen in Schriften zu bewahren (acta, gesta) weil das Gedächtniß bei wiederholten Terminen nach längeren Fristen nicht mehr ausreichte. Das kanonische Recht bildete die Schriftlichkeit noch mehr aus und führte zur Ausgleichung den summarischen Prozeß ein, der in einem abgekürzten Verfahren mit mündlicher Verhandlung besteht. Statuimus, ut — procedi valeat simpliciter et de plano, ac sine strepitu judicii et figura. Clem. 2. de judiciis. 2. 1. Worin die Abkürzung bestehen soll, ist in Clem. 2. de verb. signif. 5. 11. angegeben. Sancimus, ut judex necessario libellum non exigat, litis contestationem non postulet in tempore etiam feriarum ob necessitates hominum indultarum a jure procedere valeat, amputet dilationum materiam, litem quanto poterit faciat breviorem, exceptiones appellationes dilatorias et frustratorias repellendo, partium, advocatorum et procuratorum con-

tentiones et jurgia, testium superfluam multitudinem refrenando. Non sic tamen judex litem abbreviet, quin probationes necessariae et defensiones legitimae adimantur. In diesem Gesetz ist die Art und das Maaß der Abkürzung des ordentlichen Verfahrens ganz der Willkühr des Richters überlassen und weder Formen noch Fristen sind vorgeschrieben, an welche die Partheien gegen einander und die Richter den Partheien gegenüber gebunden wären. Dies hat erst der Gerichtsbrauch und die Partikulargesetzgebung in Deutschland geregelt.

Der summarische Prozeß hat seinen rationalen und historischen Ursprung allein in der Schriftlichkeit des Verfahrens, das vermöge seiner Natur einen großen Aufwand an Zeit und Arbeitskräften erfordert. So wie die schriftliche Instruktion die Regel bildet, so macht sich auch sogleich die Nothwendigkeit einer schnelleren Entscheidung über alle aus dem kleinen Verkehr des täglichen Lebens entstehenden und über solche Streitigkeiten gebieterisch geltend, bei welchem jeder Zeitverlust die Partheien mit dem Verlust ihres Rechts oder ihres Vermögens bedroht, wozu denn auch noch solche Streitigkeiten kommen, bei denen die Entscheidung weder Ueberlegung noch juristischen Scharfsinn noch die Citirung eines bewährten Autors erfordert. So wie man aber zum mündlichen Verfahren zurückkehrt, das heißt nur eben das aufschreibt, dessen Aufbewahrung in Schriften durchaus nothwendig ist, so verschwindet der summarische Prozeß von selbst; denn alle dahin gehörenden Klagen fallen unter die Regel der mündlichen Verhandlung zurück. Es bleibt für eilige Sachen nur die Abkürzung der Fristen übrig, was aber nicht zur Verhandlung des Prozesses gehört. Die Absicht des summarischen Prozesses ist Zeitgewinn, den man dadurch erlangt, daß die Klage mündlich angebracht wird, der Richter die Partheien mündlich befragt und ihnen sogleich das Urtheil verkündet. Dies ist ein mündliches Verfahren, das wieder auf die Bestellung eines einzelnen Richters führt, wozu denn noch der fernere Beweggrund hinzutritt, daß die Menge der kleinen persönlichen Klagen keinen Aufwand an Zeit und Kosten verträgt und die Schonung der Kräfte des Richters Eile gebietet.

Diese Bemerkungen dienen dazu, uns bei Beantwortung der vorliegenden Frage auf den richtigen Standpunkt zu stellen. Wenn man nämlich nach den Gründen fragt, warum zur Entscheidung größerer Sachen Richter-Kollegien nothwendig seien, so hört man allemal Zweifel an der Fähigkeit und dem guten Willen eines

einzelnen Richters äußern. Wenigstens laufen alle Beweise am Ende auf diese beiden Momente hinaus und da die kollegialische Einrichtung der Gerichte seit Jahrhunderten besteht, so hat sie die gemeine Meinung der Juristen für sich, die dabei das gewohnte Verfahren vor denselben stillschweigend als selbstverstanden annehmen.

Dieser Beweisgrund ist unter gewissen Voraussetzungen wahr, wird aber problematisch, wenn diese Voraussetzungen weggedacht oder weggeschafft werden. Wahr ist er alsdann, wenn zuerst die Ernennung der Richter in den Händen der Staatsregierung bloße Partheisache ist, wenn man dann die besten Richter in die Kollegien beruft und die am wenigsten fähigen allein stehen läßt, wenn man von jenen eine höhere Ausbildung und bessere Zeugnisse ihrer Fähigkeiten fordert, von diesen geringere juristische Ausbildung, wenn jene hinreichend besoldet werden, diese so gering, daß sie zum Sattwerden zu wenig, zum Verhungern zu viel haben und zum Stehlen beinahe gezwungen sind und wenn endlich zu allen diesen Ungleichheiten noch das eigentliche Element alles Schlechten hinzukommt, nämlich die Richter im Dunkel ihres Kabinets schreiben und Niemand im Lichte der Oeffentlichkeit wandelt. Unter Voraussetzung eines schlechten Verfahrens und unfähiger Richter ist die Nothwendigkeit von Richter-Kollegien für den ordentlichen Prozeß so klar und entschieden, daß die Frage gar nicht aufgestellt werden kann; sie ist eine quaestio Domitiana, auf welche die Antwort des Javolenus Celsus gehört: entweder wißt Ihr selbst nicht, was Ihr fragt, oder die Frage ist ganz ungereimt. Richter-Kollegien sind alsdann ein Gegenmittel gegen die Mangelhaftigkeit der Richter und des Verfahrens; deren Nothwendigkeit liegt also nicht in der Natur der Sache, das heißt in der Größe des richterlichen Berufs, sondern in äußeren Dingen, nämlich der fehlerhaften Gerichtsverfassung. — Problematisch wird jener Beweisgrund alsdann, wenn zu jedem richterlichen Amte eben dieselbe theoretische und praktische Ausbildung erfordert wird, wenn unter den Fähigen die besten gewählt werden, wenn die Partheien mündlich vor dem Richter verhandeln und in den Gerichtssälen die Oeffentlichkeit herrscht.

Wer also die Frage über Einzel-Richter oder Kollegien untersuchen will, der muß von der Wahl der Besten als Richter, von einer mündlichen Verhandlung und Oeffentlichkeit ausgehen und unter diesen Voraussetzungen untersucht man die Frage bloß objektiv und muß sich für die Ansicht entscheiden, daß in erster

Instanz ein einzelner Richter einem Kollegium vorzuziehen sei. Die Vorzüge zeigen sich:

1. in Beziehung auf den Vergleich,
2. bei der Instruktion des Prozesses,
3. bei der Entscheidung.

Die Entscheidung ist das Ziel des Prozesses, für welches die Verhandlungen der Partheien den Richter vorbereiten sollen. Da dieser Schluß zugleich der wichtigste Akt des ganzen Prozesses ist, da alles Vorhergehende nur seinetwegen da ist, so muß unsere Frage zuerst in Beziehung auf diesen Punkt bejaht werden können, wenn der Grundsatz der Einzel-Richter angenommen werden soll. Die Vorzüge bei dem Vergleich und der Instruktion werden dann später erörtert werden (Abhandlung XII und XVII).

Vorausgesetzt wird, daß der Richter seine Entscheidung durch Gründe rechtfertige. Hier muß man den formellen von dem materiellen Theil der Aufgabe unterscheiden. Jedes Erkenntniß (am sichtbarsten das verurtheilende) ist das Ergebniß aus der Unterordnung einer Thatsache unter das Gesetz oder der Anwendung des Gesetzes auf die Thatsache (was das nämliche ist). Thatsachen und Gesetz sind die Prämissen und das Urtheil ist die Conclusion. Beide Prämissen entstehen wieder aus Schlußfolgerungen und so erscheint die ganze geistige Thätigkeit des Richters im Urtheilen als die logische Funktion des Schließens und die Entscheidungsgründe bestehen in einer Reihe von Schlüssen, durch die er vom Bekannten und Bewiesenen zu seiner Entscheidung herabsteigt. Richtiges konsequentes Denken ist die formelle Bedingung zu einem guten Urtheil und das kunstmäßige in Ausarbeitung der Gründe besteht darin, daß die ganze Arbeit ein vollständiges System ist. Nun kann ein System nur in Einem Kopfe entspringen und wenn von Mehren jeder seinen Beitrag zu der Arbeit liefert, so hat das Ganze sicher nicht eine runde systematische Form und die einzelnen Theile sind nicht durch ein inneres Gedankenband an einander gebunden, sondern sie sind an einander gereiht, ohne an einander zu passen. Bei den von Richter-Kollegien gegebenen Urtheilen ist eine schöne systematische Arbeit allemal das Werk des Referenten, das die übrigen genehmigt haben.

Also erfordert die formelle Seite der Aufgabe nur einen Verfasser. Für die materielle Seite müssen wir unterscheiden, was auch jeder Richter getrennt in Ueberlegung nehmen

muß. Er wird zuerst feststellen, über welche Umstände die Partheien einig, über welche sie streitig sind. Weder das eine noch das andere ist ein Gegenstand kollegialischer Berathung, sondern nur der Aufmerksamkeit jedes einzelnen. Sind Beweise geführt, so hat der Richter die Beweiskraft der vorgelegten Beweisthümer, so weit das Gesetz sie nicht im Voraus bestimmt hat (wie bei Urkunden und dem Eide) zu prüfen und sich zu entscheiden, welche der bestrittenen Thatsachen er für bewahrheitet annehmen will, welche nicht. Ob die vorgelegten Beweismittel nach Form und Inhalt genügen, ist bloß Sache der subjektiven Ueberzeugung, die jeder einzelne sich selber bilden muß und die nicht aus Berathungen hervorgehen kann. Denn wenn ich gegründete Ursache habe, einem Zeugen oder Sachverständigen zu mißtrauen, so wird keine Ueberredung im Stande sein, mein Mißtrauen in Vertrauen zu verwandeln, eben weil hier kein objektives Denken Statt findet. Da bei einem Gegenstande, der blos in der subjektiven Ueberzeugung beruht, ein wechselseitiger Austausch der Meinungen wenig oder nichts zur Umstimmung eines bereits Ueberzeugten beitragen kann, so ist eine kollegialische Berathung hier von keinem Nutzen und der Beschluß des Kollegium's trifft die Wahrheit nicht sicherer, wie der Beschluß eines Einzelnen.

Zuletzt kommt der rechtliche Theil der Entscheidung, bei der allerdings gewichtigere Gründe für den Vorzug der Kollegien geltend zu machen sind. Der eine hat durch längere Uebung oder ein besseres Talent eine schärfere Beurtheilung, beobachtet und unterscheidet feiner; ein zweiter hat mehr positives Wissen und kennt die Jurisprudenz; ein dritter kennt die Art von Geschäften besser, in denen der Streit und die Beweisaufgabe sich bewegt; ein vierter ist im Besitz der Geschichte dieses Theils der Gesetzgebung, welche zum richtigen Verständniß eines Gesetzes, seiner Absicht und seiner Gränze oft so nöthig ist. In dieser praktischen Beziehung kann allerdings der wechselseitige Austausch der Gedanken in der Berathung dazu beitragen, um Aufklärung zu verschaffen, das Richtige zu finden und die Sicherheit des Urtheils zu erhöhen; obgleich es sonst in wissenschaftlichen Dingen nicht wahr ist, daß eine Erhöhung des Scharfsinnes, eine Erweiterung der Einsicht und eine strengere Ordnung im Denken aus jeder Vermehrung der Arbeitskräfte folgt. Auch glaube man nicht, daß diese Vortheile einer kollegialischen Berathung sich bei allen Gerichten wieder finden, deren Mitglieder von der Staatsregierung ernannt werden. Dazu sind sie viel zu ungleich an Kräften; denn nur einige sind tüchtig, andere sind schwach. Den

Tüchtigen folgen die anderen und zu einem ernsthaften Meinungskampf kommt es nicht, weil die Schwachen diesen Kampf nicht halten können. Man muß nicht denken, daß zwei oder drei schwache Richter durch ihre Zahl einem tüchtigen ebenbürtig werden. Die Addition zweier halben Aepfel gibt wohl einen ganzen, aber nicht die Addition zweier halben Juristen einen ganzen. Durch diese Umstände wird der Nutzen der kollegialischen Berathung zum großen Theil wieder vereitelt und die Entscheidung, zu welcher eine Mehrzahl den Namen hergibt, erfolgt in der Wirklichkeit oft von einem allein, gerade so, als wenn er der einzige wäre, der das Gericht ausmachte. Will man von der kollegialischen Berathung den ganzen Vortheil haben, den sie zu gewähren im Stande ist, so müßten die Gerichte durch Wahl des Volkes mit den tüchtigsten Richtern versehen werden und unter dieser Bedingung sind die Vorzüge der Entscheidung durch Richter-Kollegien nicht zu bestreiten.

Aber auch selbst dann muß man diese Vorzüge nicht überschätzen. Um sie richtig zu würdigen und um zu sehen, ob sie denn durch das System der Einzel-Richter verloren gehen, bemerke man wohl, daß sie keinesweges in der vermehrten Zahl der Abstimmenden, sondern blos in der Vermehrung der Einsichten durch den Gedanken-Austausch bei der Berathung liegen. In keiner wissenschaftlichen oder praktischen Frage gründet sich das Vertrauen in die Richtigkeit der Antwort auf die Zählung der Stimmen, sondern auf ihr Gewicht und dieses beruht zuerst in dem Vertrauen auf die Fähigkeiten und dann auf der Voraussetzung, daß die Frage wohl erwogen und die Antwort gut begründet ist, daß sich also die Abstimmenden gut berathen haben. Die römischen Praetoren entschieden allerdings allein, aber nicht auf ihre alleinige Meinung, sondern sie waren von rechtsgelehrten Freunden umgeben, welche freiwillig und unentgeltlich ihren Rath über vorkommende Rechtsfragen ertheilten (consiliarii, assessores). In England entscheidet im Geschwornengericht der Richter allein über alle in einem Prozeß streitig gewordenen Rechtspunkte und zwar ohne Entscheidungsgründe; denn diese schickt er nur mündlich voraus (und so werden sie von den Schnellschreibern nachgeschrieben und sie kommen blos auf diese Weise zur weitern Kenntniß), läßt sie aber nicht schriftlich demselben folgen. Wenn aber schwierige und sehr wichtige Fragen des Rechts entschieden werden müssen, über die entweder keine Precedents vorhanden oder die vorhandenen nicht einstimmig sind, so vertagt er die Verkündigung des Urtheils und berathet sich vorher mit seinen Kollegen.

Gerade so werden es künftig die Richter in Deutschland auch machen und sie machen es jetzt schon so. Der Eine Richter, welcher allein entscheidet, steht doch nicht allein, sondern er hat Kollegen neben sich und wer es als Ehrensache ansieht, daß seine Urtheile von den höheren Richtern bestätigt werden, der wird bei allen Zweifeln den Rath seiner Kollegen einholen und so wird dies Verfahren bald eine Gewohnheit werden.

Was sich in Rom und England durch viele Jahrhunderte bewährt hat, wird auch für Deutschland brauchbar sein, wenn wir nur die Bedingungen herstellen, welche diese Einrichtung erfordert, damit sie eine wirkliche Verbesserung des Gerichtswesens sei.

---

# III.

## Gerichtsverfassung und Gerichtsbarkeit.

Jedem Gericht muß ein geographisch abgegränzter Kreis angewiesen und innerhalb desselben die Gerichtsbarkeit über alle oder über gewisse Klassen von Personen und Klagen übertragen sein. Die Gerichtsbarkeit in erster muß von der in zweiter Instanz getrennt sein, im Uebrigen werden die Civil- und Kriminal-Gerichtsbarkeit am besten verbunden.

Wie man die Gerichtsbarkeit auch einrichten mag, in jedem Falle muß sie darauf berechnet werden, daß der Richter höchstens acht Arbeitsstunden täglich habe, in der Regel weniger. Wer acht Stunden hindurch mit Fleiß und Aufmerksamkeit an gerichtlichen Geschäften gearbeitet hat, der hat ein hinreichendes Tagewerk gethan und mehr darf keinem Richter aufgebürdet werden. Denn von den geistigen Kräften ist es vorzüglich die Urtheilskraft, welche für seinen amtlichen Beruf in Anspruch genommen wird und diese wird in Folge körperlicher Ermüdung durch zu lange Anstrengungen matt und unsicher und der Verstand trifft das Richtige nicht mehr mit Sicherheit. Die edelste aller geistigen Kräfte läßt sich nicht zwingen, ihr sicheres und freies Spiel erfordert ungeschwächte körperliche Kräfte. Das eigene Interesse der Bürger gebietet daher, jedem Richter nur einen solchen Wirkungskreis anzuweisen, dessen Ausfüllung seinen Geist frisch und munter erhält und ihn nicht zu fortwährender Eile drängt, wodurch er sich überdies an Oberflächlichkeit in seinen Arbeiten gewöhnt.

Dem Einzel-Richter bietet sich ein weites Feld segensreicher Wirksamkeit dar, wo er durch seine Tüchtigkeit und das Vertrauen seiner Mitbürger sehr viel Gutes wirken kann, was einem Kollegium zu thun unmöglich ist. Seine schönste Aufgabe ist: den Frieden zwischen den streitenden Partheien wieder herzustellen und den öffentlichen Frieden durch Verfolgung der Friedbrecher zu erhalten. Der Richter muß daher Friedensrichter

heißen und die Gerichte **Friedensgerichte**, um sie schon durch ihren Namen an ihren edlen Beruf zu erinnern. Sie haben die Gerichtsbarkeit über alle Personen und Grundgüter des Bezirks. Die höheren Gerichte kann man **Landgerichte** nennen, welche für die Friedensgerichte die zweite Instanz bilden und für gewisse den Staat und die öffentliche Ordnung nahe berührende Sachen die einzige Instanz. Mit beiden Gerichten ist die Kriminal-Gerichtsbarkeit verbunden, indem die Friedensgerichte über Klagen wegen Vergehen richten, die Landgerichte über Uebelthaten und und die bei und aus denselben zu bildenden Assisenhöfe mit Geschworenen über Missethaten. Wenn man nun weiter voraussetzt, daß die Gränzen der Verwaltungs- und Gerichts-Bezirke zusammenfallen sollen, so wird die Reichsverfassung diesen Grundsatz etwa in folgenden Worten ausdrücken müssen:

> Das Reich wird in Herzogthümer eingetheilt, die Herzogthümer in Grafschaften.
>
> Jede Grafschaft bildet einen Verwaltungskreis, der in Bezirke eingetheilt wird. Jeder Bezirk besteht aus Gemeinden, deren mehrere eine Bürgermeisterei bilden können.
>
> In jeder Grafschaft besteht ein Landgericht*), unter demselben Friedensgerichte, eins für jeden Bezirk.

Also jede Grafschaft wird für die Rechtsverwaltung in Bezirke eingetheilt, deren jeder das Territorium für ein Friedensgericht ausmacht. Bei Abmessung der Größe braucht auf die Bevölkerung keine Rücksicht genommen zu werden, da diese nur eine Vermehrung der Zahl der Richter erforderlich macht. Wohl aber muß der Flächeninhalt als Maaßstab angenommen werden. Die Bezirke werden füglich nicht größer gemacht werden können, als 9 bis 10, höchstens 12 Quadratmeilen. Denn wenn der Sitz des Friedensgerichts etwa in der Mitte des Bezirks ist, so beträgt bei einer ungefähren Abrundung die Entfernung der äußersten Ortschaften 2 bis 3 Meilen, worin keine zu große Belästigung der Einwohner liegt. Sie darf aber auch nicht mehr betragen. Wollte man in dünn bevölkerten Gegenden den Bezirken eine größere Ausdehnung geben, so müßten periodische Sitzungen an Orten außerhalb des Sitzes des Friedensgerichts angeordnet werden; denn man kann unmöglich den Einwohnern zumuthen, in Klagen über kleine Schuldforderungen oder unbedeutende Ver-

---

*) Es sollte eigentlich **Grafschaftsgericht** genannt werden, aber das Wort ist mißtönend.

gehen ihr Recht 4 bis 5 Meilen weit zu holen. Rechnet man nun die Größe des Bezirks auf 9 bis 10 und höchstens 12 Quadratmeilen und die Seelenzahl auf jeder Meile auf 3- bis 4000, so würden die ländlichen Bezirke eine Bevölkerung von etwa 30, bis höchstens 48,000 Menschen umfassen.

Wenn die Prozeß-Ordnung ein einfaches und so weit es das Wesen eines Civil-Prozesses erlaubt, mündliches Verfahren vorschreibt, so werden in ländlichen Bezirken drei Richter genügen, um alle streitigen und nicht streitigen gerichtlichen Geschäfte zu erledigen, welche eine Bevölkerung von 50 bis 60,000 Menschen unter Voraussetzung eines gewöhnlichen Verkehrs im beweglichen und unbeweglichen Eigenthum verursacht und sie werden unter günstigen Umständen für eine noch größere Zahl genügen. Da indeß in Bezirken mit größeren Städten die gerichtlichen Geschäfte, insbesondere die Civil-Prozesse zahlreicher und schwieriger sind, so muß auch die Zahl der Richter verhältnißmäßig vermehrt werden, was durch die Gesetzgebung für jedes Gericht zu bestimmen ist. Es würden auf jede 40,000 und bei einem besonders lebhaften Verkehr, bei einer großen Beweglichkeit im Eigenthum, dabei möglicher Weise noch bei einer großen Liebhaberei an Prozessen wohl schon auf 30,000 drei Richter zu rechnen sein. Hiernach wird sich das durchschnittliche Verhältniß für das ganze Land so stellen, daß auf jede 40 bis 50,000 Menschen drei Friedensrichter kommen.

In Preußen sind die Richter nicht zugleich Polizei- und Verwaltungsbeamte, wie in manchen andern Ländern Deutschlands, sondern sie haben blos das zu besorgen, was man dort zu gerichtlichen Geschäften zählt. Wie sehr sie aber mit diesen Geschäften und durch ein unzweckmäßiges Verfahren belastet sind, ergibt sich aus der Statistik. Die Kreisgerichte als Gerichte erster Instanz sind mit so viel Mitgliedern besetzt, daß im Durchschnitt auf jede Zahl von 5000 Menschen ein Richter kommt. Da aber überdies fast jedes Kreisgericht noch Hülfsarbeiter hat, so kommt am Ende ein Richter auf ungefähr 4500 Menschen. Wie eine so kleine Zahl einen Richter hinreichend beschäftigen kann, erklärt sich nur aus dem Verfahren und den Verwaltungsgegenständen, mit denen er unter dem Namen gerichtlicher Geschäfte belastet ist.

Eigentliche gerichtliche Geschäfte für Friedensrichter sind:

1. die Entscheidung auf die Civilklagen,
2. die Entscheidung auf die Polizeiklagen,
3. die Leitung der Vormundschaften,

4. Die Führung des Lagerbuchs und Aufnahme der dasselbe betreffenden Verträge,
5. die Arbeiten, welche ihnen in ihrer Eigenschaft als Hülfsbeamten der Kronanwaltschaft obliegen.

Das Gesetz kann die Geschäftsvertheilung nicht regeln, weil die Verhältnisse zu mannigfaltig sind. Sie erfolgt am besten auf das Gutachten der Richter und den Antrag des Oberprokurators durch Beschluß des Landgerichts. Sie kann nicht der Uebereinkunft der Richter überlassen werden, am wenigsten ihrer beliebigen Abänderung. Sie muß nicht nur unter öffentlicher Autorität angeordnet, sondern auch für eine Reihe von Jahren dauernd sein, damit sie den Bürgern geläufig werde und diese wissen, wenigstens leicht erfahren können, an wen sie sich für jede ihrer Angelegenheiten zu wenden haben. Nicht einmal das Prinzip der Eintheilung, ob nach Materien allein oder zugleich nach Unterabtheilungen des Bezirks, kann durch die Gesetzgebung bestimmt werden, es muß dies dem Ermessen der Richter und des Landgerichts überlassen bleiben. Bei den größten Friedensgerichten wird der Eintheilung nach Materien wohl die nach Unterabtheilungen folgen müssen.

Man könnte denken, daß man für die größten Städte die Wahl hätte, statt eines Friedensgerichts mit einer vermehrten Anzahl Richter lieber den ganzen Bezirk in mehre Friedensgerichte, jedes mit drei Richtern einzutheilen. Aber diese Einrichtung würde nicht zweckmäßig sein und sich nicht bewähren. Denn zuerst ist die Eintheilung des Reichs in Herzogthümer, Grafschaften, Bezirke und Gemeinden eine rein geographische, so daß die Gränzen der Bezirke mit den Gränzen der am Rande liegenden Gemeinden zusammenfallen, eben so die Gränzen der Grafschaften mit denen der Bezirke. Diesen Grundsatz würde man verlassen, wenn eine Gemeinde mehre Bezirke umfassen könnte, statt daß umgekehrt jeder Bezirk mehre Gemeinden umfassen soll, wenigstens aber eine. In der Praxis würden sich eine Menge Schwierigkeiten ergeben, welche die Schnelligkeit und Sicherheit der Rechtsverwaltung gefährdeten. Die Gerichtsbarkeit wird begründet durch den *Wohnsitz in einer Gemeinde* des Bezirks. Wenn aber die Gemeinde in mehre Bezirke eingetheilt ist, so würde nicht mehr der Wohnsitz in der Gemeinde, sondern die *Wohnung in einer Straße* die Gerichtsbarkeit für den Bezirk begründen, in welchem Jemand vorgeladen wird. Alle schlechte Schuldner würden die Einrede der Inkompetenz einwenden und da kein

Richter über eine Klage eher urtheilen kann, als bis seine Kompetenz gewiß ist, so bliebe in vielen Fällen kein anderer Ausweg übrig, als auf Beweis über die Wohnung zu erkennen, während der Beweis des Wohnsitzes in der Gemeinde sehr leicht durch Urkunden zu führen ist. Wer nun gar wohl in der Gemeinde seinen gesetzlichen Wohnsitz, aber keine feste Wohnung hätte, der würde bei allen Friedensgerichten nach der Reihe die Einrede der Inkompetenz mit Erfolg einwenden.

Von den Landgerichten wird in der XIII. Abhandlung weiter geredet werden.

---

## IV.

# Von der Kron-Anwaltschaft.

Zwar nicht die Erfindung, wohl aber die Ausbildung der Kron-Anwaltschaft verdanken wir Frankreich. Die ersten Elemente dazu lagen im deutschen Recht. Die Römer kannten solche Beamte nicht, sie hatten das System der Privatanklage, zu der nicht bloß der Verletzte, sondern Jeder aus dem Volke berechtigt war. Dies System diente den Kaisern späterhin vortrefflich, um ihre wirklichen oder vermeintlichen Gegner wegzuschaffen und doch den Schein des Rechtes zu bewahren. Wenn nämlich der Kaiser einen Römer wegen dessen mißliebiger Gesinnungen verderben wollte, so lies er irgend einen seiner Getreuen als Ankläger wegen Majestätsverbrechen los. Denn das crimen majestatis war, wie **Tacitus** Annalen III. 38 sagt, das complementum omnium accusationum. Manche Kaiser machten es noch kürzer und begannen den Prozeß mit der Exekution. Mit solchen Einrichtungen war allerdings keine Lücke im System und es konnte kein Fall vorkommen, wo sich ein Bedürfniß fühlbar machte, zur Vertheidigung der Rechte des Kaisers und seines Fiskus einen Beamten neben die Gerichte zu stellen. Die procuratores Caesaris waren nicht, wie der Name anzudeuten scheint, eine Art kaiserlicher oder Kron-Anwälte, sondern die Verwalter der kaiserlichen Einkünfte, wie auch ihr anderer Name rationales zeigt, also Verwaltungs- und Kassenbeamte, obgleich auch Richter in solchen Fiskalsachen.

Nachdem die deutschen Völkerschaften in den eroberten Ländern feste Wohnsitze genommen hatten, wurden ihre Gesetze gesammelt, in denen wir auf jede Missethat Geldbuße geordnet finden, gleichsam den kapitalisirten Betrag des angerichteten Schadens. Die fränkischen Kaiser hatten später in allen Grafschaftsgerichten actores dominici, actores fisci, actores publici bestellt, um neben vielen das Vermögen des Kaisers, das gemeine Wesen und die öffentliche Ordnung betreffenden Angelegenheiten auch solche

Anklagen vor den Schöffengerichten zu erheben, bei welchen der Kaiser oder sein Fiskus interessirt waren und unter den Longobarden war sogar ein advocatus de parte publica bestellt. In der Regel waren zwar der Verletzte, seine nächsten Verwandte oder seine Freunde die Ankläger. War aber die Missethat gegen den Kaiser oder die Sicherheit des Reichs gerichtet, so gebührte ihm das Klagerecht, das er durch seine Beamten oder wenn man will, durch einen Beauftragten ausübte. Eben so forderte er durch dieselben die Bußen ein, die ihm gesetzlich zukamen. Auch dann klagte er durch seine Beamten, wenn sonst Niemand für den Getödteten oder Beschädigten sich erhob. Dies ist der wahre Keim, der historische Ursprung der Kron-Anwaltschaft, deren Aufgabe eben darin besteht, öffentliche Klagen zu erheben und die Rechte der Krone wie des Staats zu vertheidigen. Die augenscheinliche Nützlichkeit dieses schon beginnenden Amtes, die täglich fühlbarer werdende Nothwendigkeit eines Beauftragten des Kaisers neben selbstständigen Gerichten hätten unfehlbar die weitere Ausbildung dieser Einrichtung herbeigeführt, wenn die Gerichtsverfassung des alten Deutschlands wäre erhalten worden. Jene ersten Elemente der Kron-Anwaltschaft, von denen sich die letzten Spuren in der peinlichen Hals-Gerichts-Ordnung Karl's V. finden, verloren sich mit Einführung des geheimen schriftlichen Inquisitionsprozesses, mit Abschaffung der Schöffengerichte und mit der Erniedrigung der Richter zu Fürstendienern und Domainen-Rentmeistern.

In Frankreich erhielten sich jene Elemente. Nach der Trennung von Deutschland wurden die Kapitularien die Grundlage zu einer nationalen Entwickelung des Gerichtswesens. Hatte der König ein Interesse an einem Gerichte zu vertheidigen, so beauftragte der Amtmann oder Seneschall irgend einen geeigneten Mann damit, der als Advokat des Königs handelte. Das Parlament, ursprünglich die Versammlung aller Freien, also der ganzen Nation wurde unter den Nachfolgern des Hugo Kapet die Versammlung der Vasallen der Krone und der Prälaten und bildete den Geheimenrath des Königs für Staats- und Gerichtssachen. Da es das Gefolge des Königs war, also mitgehen mußte, wohin er ging, so waren auch die Partheien genöthigt, ihm zu folgen und reisend ihre Prozesse zu führen. Die Menge der sich allmählig anhäufenden Geschäfte und die Unmöglichkeit ihrer Erledigung auf Reisen veranlaßte Philipp den Schönen, durch die Ordonnanz vom 13. März 1302 zwei regelmäßige Sitzungen für jedes Jahr in den vier größten Städten seines Reichs vorzuschreiben, in welcher Verordnung die Grundlage zu den ständigen Parlamenten

in ihrer späteren Gestalt gefunden wird. Schon in eben dieser Ordonnanz und bestimmter und ausführlicher im Jahre 1318 wurde verordnet, daß an jedem Parlament ein Mann mit Besorgung der Prozesse und Angelegenheiten des Königs beauftragt werden solle. Zuerst war dies ein Advokat für jede einzelne Sache, dann derselbe Advokat für alle, zuletzt ein beständiges Amt, zu welchem der König ernannte. Diesen Beamten wurde im Laufe der Zeiten die edelste Aufgabe übertragen: der Verfolger der Missethäter, der Schutz und Schirm der Armen und von den Mächtigen unterdrückten, das Auge des Gesetzes zu werden, die Interessen der Krone und des Staates gegen die Anmaaßungen der großen und kleinen Vasallen und des römischen Hofes zu vertheidigen, *) endlich die Rathgeber des Königs bei der Gesetzgebung zu sein. Sie haben ihrem Amte Ehre gemacht, sie waren die Glanzpunkte in dem sonst so traurigen Zustande des Gerichtswesens und Frankreich zollt ihren großen Verdiensten um die Handhabung des Rechts und der öffentlichen Ordnung dankbare Anerkennung. Bei der neuen in der Revolution von 1789 geschaffenen Gerichtsverfassung ist das Amt ohne irgend ein Bedenken bei den Berathungen beibehalten und hat nur diejenigen unwesentlichen Aenderungen erfahren, welche die neuen Prinzipien von selber mit sich brachten.

Alle Geschäfte, welche in Frankreich dem öffentlichen Ministerium (der Kronanwaltschaft) übertragen sind, wurden in Deutschland durch unwissende und geistesarme Gesetzgeber auf die Schultern der Richter geladen und noch viel mehr dazu. Sie waren Ankläger, Instruenten, Vertheidiger und Urtheiler im Kriminalprozeß; sie mußten im Civilprozeß alle Schreibereien und die kleinen Handwerksdienste verrichten, welche die Fortsetzung der Sache

*) In Deutschland sind die großen Vasallen des Reichs durch fortgesetzte Erweiterung ihrer Macht am Ende souveraine Fürsten und manche die Feinde ihres Vaterlandes geworden. Wie, wenn der Kaiser einen Kronanwalt gehabt hätte, der gestützt auf die ganze kaiserliche Macht sogleich gegen die ersten Unternehmungen sich erhoben hätte? Sehr möglich, daß die großen Vasallen in Deutschland das Schicksal ihrer Kollegen in Frankreich getheilt hätten. Aber die Kaiser hatten keine Ahnung davon, welche Kraft in diesem Amte für die Erhaltung ihrer Rechte gelegen hätte. Darüber darf man sich nicht wundern. Denn in gegenwärtiger Zeit, wo Alles klar vor Augen liegt, begreift noch keine deutsche Regierung die Wichtigkeit dieses Amtes, was man daraus ersieht, daß es überall in so kümmerlicher Gestalt erhalten wird, gleich als wäre es Ehrensache der Regierungen, die nützlichste Einrichtung zu verkümmern, wenn sie eine Errungenschaft des Volkes ist.

erforderte; sie mußten im Dienste der Partheien ihre Urtheile ausführen; sie hatten die freiwillige Gerichtsbarkeit und führten die Vormundschaften; sie lebten von ihren Sporteln und lebten um so besser, je mehr sie deren erhoben oder erpreßten; sie hatten dabei eine Menge Verwaltungsangelegenheiten zu besorgen, sie mußten den Polizeikommissar spielen, Einquartirungen ausschreiben und Feuersbrünste löschen, am Ende mußten sie noch Domainen bewirthschaften, Pachtzinse einziehen und die Kassen gnädigster Landesherrschaft verwalten. Diese Entwürdigung des Richteramtes, diese Werkstatt aller Arten des Despotismus, diese heillose Quelle aller denkbaren Ungerechtigkeiten, diese Zerstörung alles Glaubens des Volkes an ein waltendes Recht waren für keine deutsche Regierung ein hinreichendes Motiv zur Verbesserung des Gerichtswesens, obgleich sie längst von der öffentlichen Meinung entschieden gefordert war. Erst der März 1848 brachte besser überzeugende Gründe. Dem Volke in Waffen wurden seine Forderungen bewilligt, darunter überall in erster Linie die Einführung des mündlichen und öffentlichen Anklageprozesses vor Geschworenen. Dies Verfahren bringt die Bestellung eines Anklägers von selber mit sich. Die Nachbarschaft Frankreichs und die von der linken Rheinseite sich immer mehr verbreitende Kenntniß des französischen Gerichtswesens war die Veranlassung, daß man in Deutschland für den Kriminalprozeß, aber auch nur für diesen, das öffentliche Ministerium so annahm, wie es in Frankreich besteht. Nur ging es hier, wie gewöhnlich bei den von dort entlehnten Einrichtungen und abgeschriebenen Gesetzen, man nahm die Sache, vermied aber die französischen Namen in deutscher Uebersetzung und wählte andere, damit die Unwissenden glauben sollten, es sei eine Erfindung des deutschen Genius. Der Beamte heißt nicht Prokurator des Königs (procureur du Roi, procureur de l'Empereur), sondern Staatsanwalt, obgleich der Staat keinen Anwalt hat und keinen haben kann, sondern die Regierung desselben. Procureur de l'état wäre den Franzosen ein Wort ohne Sinn. *)

Da dieser Beamte neben den Gerichten steht, weder übergeordnet noch untergeordnet, da er das eigentliche Organ ist, mit dem die Staatsregierung zu den von ihr unabhängigen Gerichten redet, da er die Angelegenheiten des Staats und die Interessen der Krone zu vertheidigen und gleich als wäre deren Träger in Person gegenwärtig, für die Herrschaft des Gesetzes und das Walten

---

*) Indessen ist man oft durch Armuth der Sprache gezwungen, uneigentliche Bezeichnungen zu wählen, wie Oberprokurator und Staatsprokurator.

des Rechts zu wirken hat, so ist Kronanwalt der ihm gebührende und seinen Beruf am besten bezeichnende Name. Als Wächter des Gesetzes und Beauftragter der Krone für dessen Aufrechthaltung muß er in allen Sitzungen gegenwärtig sein, wenn überhaupt ein solcher Beamter am Gericht besteht. So oft er das Wort nimmt, redet er für das Gesetz und im Namen der Krone, gleich als wenn sie ihm besondere Vollmacht zu diesem Antrage und zu dieser Meinung gegeben hätte. Das Gericht ist daher verbunden, ihn anzuhören und über seine Anträge zu beschließen. Durch ein solches Organ hat die Staatsregierung das Mittel in der Hand, auf die Thätigkeit der Gerichte einzuwirken, ohne sie abhängig von sich zu machen, die Absicht und die Bedeutung eines Gesetzes ihnen in authentischer Weise zu erklären, ohne sie in ihrer freien Beurtheilung zu beschränken und die Einheit des Rechts und die Uebereinstimmung in der Praxis zu erreichen, ohne den Gerichten den mindesten Zwang anzuthun.

In der Gerichtsordnung muß der Grundsatz der Einheit der Kronanwaltschaft ausgesprochen sein. An den Landgerichten ist der Oberprokurator, am Kassationshof der Generalprokurator derjenige Beamte, den die Krone beauftragt hat; in seiner Hand ist alle Gewalt vereinigt, welche das Gesetz mit dem Amte verbindet und wenn er der Staatsregierung für die rechte Erfüllung seiner Aufgabe verbindlich sein soll, so muß ihm auch völlige Freiheit gelassen werden, welche Arbeiten er selbst besorgen und wie er die übrigen unter seine Gehülfen vertheilen will. Da der General- und Oberprokurator die eigentlichen Beauftragten der Krone sind, so stehen sie zu dem Könige in dem Verhältniß, wie jeder andere Bevollmächtigte zu seinem Machtgeber, sie stehen also unter seinen (durch den Justizminister kund gegebenen) Befehlen und sind ihm Gehorsam schuldig. Die Abstufungen in der Rangordnung bewirken, daß jeder Beamte der Kronanwaltschaft zunächst unter seinem unmittelbaren Vorgesetzten steht und dieser dem Justizminister untergeordnet ist, welcher das unmittelbare Organ der Krone ist. So stehen die Prokuratoren an den Polizeigerichten und die Staatsprokuratoren unter dem Oberprokurator, welcher der oberste Beamte der Kronanwaltschaft in der Grafschaft ist. Dieser ist aber nicht dem Generalprokurator am Kassationshof untergeordnet, indem derselbe nicht einen höheren Wirkungskreis derselben Art hat, sonderen einen ganz verschiedenen. Beide stehen neben einander unter dem Justizminister. Durch ihn wird der Thätigkeit der Kronanwaltschaft im ganzen Reiche ein Geist und eine Richtung gegeben, welche wesentlich auf Gleich-

förmigkeit in Erklärung und Anwendung der Gesetze hinwirkt und so einen gesicherten Rechtszustand hervorbringt.

Aus diesem Grundsatz der Einheit der Kronanwaltschaft unter der obersten Leitung des Justizministers folgt, daß diese Beamten als abgesonderte Körperschaft neben dem Gericht stehen und völlig unabhängig von demselben sind. Es kann also keine Verantwortung wegen der Ausübung ihres Amtes von ihnen fordern, ihnen keine Aufträge ertheilen, keine Belehrungen oder Anweisungen geben über das, was sie zu thun oder zu lassen haben, am wenigsten Verweise oder Strafen gegen sie erkennen. Wenn ein Gericht dies dennoch thäte, so würde das Urtheil unfehlbar kassirt werden, denn eine solche Ueberschreitung würde zur Unterordnung der Kronanwälte unter die Gerichte führen.

In Frankreich besaßen die Kronanwälte bei den Parlamenten ihr Amt als Eigenthum, das käuflich erworben werden konnte; aber in ihren Patenten waren sie vom Könige nur auf so lange bestellt, als es ihm gefiel, das heißt er behielt sich den Widerruf vor. Trotz dem ist nach dem Zeugniß der französischen Autoren niemals der Fall einer Absetzung vorgekommen, selbst dann nicht, wenn Grund dazu vorhanden war. So hoch stand diese Beamtenklasse in der öffentlichen Meinung und in Achtung bei der Regierung, daß sie sich scheute, derselben einen Schimpf anzuthun und sie in dem Urtheil des Volks zu erniedrigen. Die Verfassung vom 3. September 1791 ordnete die Wahl der Richter auf 2 und 6 Jahre an, bestimmte dagegen, daß die Regierungskommissarien (so hießen damals die Beamten der Kronanwaltschaft) vom Könige auf Lebenslang ernannt werden sollten. Also gerade umgekehrt, wie es sein sollte. Nach der Verfassung vom 22. Frimaire Jahrs VIII. wurden sie, wie früher, auf Widerruf ernannt und so ist es bis heute in Frankreich geblieben. So muß es auch sein. Der Richter ist deßhalb außer aller Abhängigkeit von irgend einer Macht im Staate gestellt, weil das Gesetz und sein Gewissen die einzige Regel seines Handelns sein, und weder Furcht noch Hoffnung ihm andere Regeln geben sollen. Der Kronanwalt ist in diesem Sinne kein unabhängiger Beamter, er ist der Bevollmächtigte der Krone, er hat den bestimmten Auftrag erhalten und angenommen, deren Rechte und Interessen zu vertheidigen, er ist, wie jeder andere Bevollmächtigte seinem Machtgeber verantwortlich und ihm Gehorsam schuldig. Keine Vollmacht, kein Auftrag ist unwiderruflich und wären die Richter die Geschäftsführer, die Beauftragten der Krone, so müßte auch ihre Ernennung unter dem Widerruf des Ernennenden stehen. So wie ein Machtgeber

seinem Beauftragten die Vollmacht nicht mehr kündigen kann, so ist der zweite unabhängig von dem ersten geworden und ihr ursprüngliches Verhältniß wäre wesentlich geändert, denn aus dem Kronbeamten wäre ein Staatsbeamter geworden. Um die Einheit durch die ganze Kronanwaltschaft zu erhalten, um den Gehorsam der Unteren gegen die Oberen zu sichern, muß der Widerruf der Krone frei stehen und man sieht auch in der That keinen Grund, weßwegen die Krone weniger Rechte wie jeder Andere haben sollte, ihre Beauftragten, die Agenten für ihre Interessen zu entlassen, sobald dieselben sich des Vertrauens nicht mehr würdig beweisen. Im Gegentheil gebietet die Nothwendigkeit einer kräftigen Organisation der königlichen Gewalt, ihr kein Recht zu schmälern, das ihr schon durch die Natur des Amtes selbst gebührt.

Man muß aus der Befugniß der Krone zum Widerruf ihres Auftrages nicht auf eine Unsicherheit dieses Amtes schließen. Wenn die Kronanwälte ihre Schuldigkeit thun, so können sie auf völlige Sicherheit in ihrem Amte rechnen. Denn willkürliche Entlassungen würden das Amt für Alle unsicher machen und allgemeines Mißtrauen verbreiten. Und die Folge davon wäre die, daß die besseren Männer, welche auf ihre eigene Kraft gestützt sich eine gute Existenz schaffen können, ein solches Amt nicht annehmen und die Staatsregierung nur minder Tüchtige zur Annahme bereit fände. Ihr eigenes Interesse wird sie vor jedem Mißbrauch ihrer Gewalt bewahren, wird sie im Gegentheil bewegen, das Amt in Ehre und Ansehen zu erhalten, wie die Könige in Frankreich gethan haben.

## V.

## Von den Herolden als vermittelnden Beamten.

Unter dem Herold wird hier der Beamte verstanden, welcher die von einer Parthei an die andere bestimmten schriftlichen Mittheilungen einhändigt.

Im republikanischen Rom forderte der Kläger den Verklagten persönlich auf, ihm vor den Konsul, später den Prätor zu folgen und wenn er nicht wollte, so nahm jener ihn beim Kragen und führte ihn vor. Im alten Deutschland beauftragte der Richter, bei welchem der Kläger seine Klage angemeldet hatte, mündlich den Frohnboten mit der Vorladung des Verklagten, mündlich wurde dieser vorgeladen und mündlich zeigte jener dem Richter die erfolgte Ladung an. Diese Frohnboten waren sehr wichtige Personen bei den Gerichten, denn ihr amtlicher Beruf bestand in Folgendem:

1. Sie besorgten alle Vorladungen vor Gericht, nicht blos der Partheien und der Zeugen, sondern auch der Richter und Schöffen auf Befehl des vorsitzenden Richters.

2. Sie bewirkten die Vollziehung aller Urtheile, zogen die erkannten Geldbußen ein, nahmen Pfändungen an Mobilien vor und legten die Immobilien in Beschlag.

3. Unter der Autorität des Richters hielten sie die Ordnung in den öffentlichen Sitzungen, geboten Ruhe, riefen die Partheien, Zeugen und Eidhelfer auf, führten sie ein und aus und verkündeten die Bekanntmachungen und Ausrufe, welche in Prozessen oder bei Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit geschehen mußten.

4. Sie führten die vom Richter angeordneten Verhaftungen aus.

5. Sie waren des Rechts kundig, wurden häufig in Gegenwart der Partheien um das Recht befragt und hatten sogar Ge-

richtsbarkeit, theils in kleinen Civilsachen, theils bei handhafter That für die Zeit der Abwesenheit des Richters.

In Frankreich, wo sich von der alten deutschen Gerichtsverfassung mehr erhalten hat, wie in Deutschland, sind auch die ehemaligen Frohnboten beibehalten. Sie hießen früher sergents, (servientes) später huissiers, (hostiarii) vom alten französischen huis, Thür, also Thürhüter, welche an den Thüren der Gerichtssäle stehen, sie bewachen, die Partheien und Zeugen hinein- und hinausführen. Jedoch hat sich ihre amtliche Thätigkeit im Laufe der Zeiten wesentlich geändert, während der alte Name beibehalten wurde.

Die Vorführung des Verklagten durch den Kläger ist ohne Zweifel das sicherste Mittel, um ihn von dem in Kenntniß zu setzen, was sein Gegner von ihm will und um dem Richter durch seine äußeren Sinne die Gewißheit zu verschaffen, daß der vom Kläger gemeinte Verklagte wirklich vor ihm steht. Indeß ist diese Art der Vorladung bei der Größe unserer Staaten und des Verkehrs nicht mehr anwendbar. Die mündliche Vorladung dagegen ist ohne alle Gewähr ihrer Richtigkeit. Seit dem allgemeinen verbreiteten Besitz der Schreibekunst erfolgen alle Mittheilungen schriftlich, damit das Mitgetheilte fest und dauernd sei und man den Beweis davon in Händen habe. Da diese Gründe gegenwärtig noch viel stärker in's Gewicht fallen, da Alles in schriftlichen Urkunden bestehen muß, was mit öffentlicher Beweiskraft versehen sein soll, so muß jede Prozeßordnung, wie sie beschaffen sein mag, auf den beiden Grundsätzen erbaut sein, erstlich der Schriftlichkeit der Mittheilung, zweitens der Behändigung durch einen öffentlichen Beamten.

Es fragt sich nun: Wer soll schreiben? Denn die weitere Frage: Wer das Geschriebene überbringen soll, beantwortet sich von selbst. Für jene Frage hat man nur die Wahl zwischen dem Richter und dem Herold, und es ist dabei zu bemerken, daß der Inhalt der Schrift, als vom Objekt der Klage aufgegeben, derselbe bleibt und die Parthei nicht mehr und nicht weniger Geschriebenes übergeben bekommt, wer von beiden auch der Verfasser sei, vorausgesetzt, daß nichts unnützes geschrieben wird. Wenn man an den in der Einleitung aufgestellten Grundsätzen über die Aufgabe der Gerichtsverfassung und insbesondre über den richterlichen Beruf festhält, so ergibt sich sogleich, daß der Richter nicht der Schreiber für die Partheien sein darf und daraus folgt, daß der Herold nicht blos der Ueberbringer, sondern auch der Verfasser

der schriftlichen Mittheilung sein muß. Dies Moment ist für sich entscheidend auch ohne alle Rücksicht auf die Zweckmäßigkeit und Sicherheit der einen oder der andern Methode.

Wir wollen aber auch noch die Zweckmäßigkeit und Sicherheit beider Arten untersuchen. Die Absicht ist: Der einen Parthei schriftlich mitzutheilen, was die andere ihr zu sagen hat. Der kürzeste Weg ist der beste und kürzer ist kein officieller Weg zu finden, nicht einmal zu denken, als wenn zwischen beiden Partheien nur ein Vermittler steht. Dies ist der Herold, welcher so, wie es in Frankreich geschieht, zwei gleichlautende Akte macht, den einen dem Kläger, den andern dem Verklagten übergibt, in beiden mit Angabe zu wessen Händen. So hat der Verklagte eine schriftliche Vorladung erhalten, der Kläger hat den authentischen Beweis in Händen und jeder braucht nur seinen Akt vorzulegen und der Richter weiß mit Sicherheit, was dem andern mitgetheilt ist. Alle Vortheile dieses einfachen und leichten Verfahrens werden um so anschaulicher werden, wenn man andere Prozeßordnungen vergleichend gegenüber stellt. Der unbedingte Mandatsprozeß ist die kürzeste Prozeßart im deutschen und preußischen Recht. Ein Gläubiger will rückständige Zinsen von seinem Schuldner einziehen und bittet um ein Mandat. Er geht zu einem Richter oder Referendar, der das Gesuch zu Protokoll nimmt. Der Registrator schreibt dasselbe in sein Register ein und schickt es zum Direktor des Gerichts, der einen Decernenten ernennt. Dieser berichtet den Inhalt des Gesuchs dem versammelten Kollegium und wenn es gegründet befunden wird, so schreibt der Decernent am Rande das Dekret, welches die Ausfertigung des Mandats verordnet. Der Registrator, in dessen Hände das Dekret zurückkehrt, übergibt es dem Sekretair, welcher das Mandat ausführlich entwirft. Der Entwurf geht an den Decernenten zurück, der ihn unterschreibt, wenn er richtig ist, sonst das Erforderliche hinzufügt. Findet der Sekretair die Unterschrift des Decernenten darunter, so übergibt er den genehmigten Entwurf einem Kopisten, welcher die Reinschrift besorgt, die etwa erforderlichen Abschriften hinzufügt und ein Insinuations-Dokument anfertigt. Der Sekretair untersucht die Richtigkeit der Abschriften und gegenzeichnet das Mandat, welches nun dem Direktor des Gerichts zur Unterschrift vorgelegt wird. Mit dessen Unterschrift versehen geht es an den Sekretair zurück, der es einem Gerichtsboten übergibt, damit dieser es dem Verklagten ins Haus trage und dessen Unterschrift unter dem Insinuations-Dokument erfordere. Der Bote übergibt dasselbe dem Registrator, der es zu den Akten legt, worauf ein neues Ver-

fahren mit ähnlichem Kreislauf wegen Einziehung der Kosten und ein drittes mit dem Executionsantrage durchgemacht wird. Fünfzehn Mal muß ein solches Mandat in die Hände genommen werden, ehe es an den Schuldner gelangt! So viel Zeit wird vergeudet und so viel Arbeitskräfte werden in Bewegung gesetzt, um einen Brief des Gläubigers an den Schuldner zu befördern! Und das nennt man ein kurzes Verfahren. Spectatum admissi risum teneatis amici?

Wichtiger noch wie die Zweckmäßigkeit ist die Sicherheit, daß nämlich die Vorladung auch ganz gewiß in die Hände des Verklagten gelange. Denn mit einem unzweckmäßigen Verfahren geht nur die überflüssige Arbeit verloren, mit einer unrichtigen Behändigung können die Rechte selbst verloren gehen. Wo immerhin der Richter für die Partheien schreibt, da trägt er doch nicht selbst seine Briefe aus, sondern beauftragt damit einen Boten. Daher drückt alle unsere Prozeßordnungen ein gleiches Uebel, nämlich die Furcht vor einer unrichtigen Behändigung, was die Gesetzgebung über das unkontradiktorische Verfahren so schwierig macht. Der Herold oder Gerichtsbote kann mit Absicht treulos oder auch leichtsinnig gehandelt haben, er kann durch Andere in Irrthum über die Identität der Person geführt sein und wenn er den höchsten Grad von Aufmerksamkeit angewendet hat, so müssen immer viele Akte an Verwandte, Dienstleute, Nachbarn und Bürgermeister abgegeben werden und können verloren gehen. Alle erdenkliche Vorsichtsmaaßregeln sind nicht im Stande, Sicherheit gegen diese Furcht zu gewähren und es bleibt nichts anderes übrig, als der Redlichkeit dieses Beamten zu vertrauen. Darum muß er so gestellt sein, daß er Vertrauen verdienen kann. Nach der preußischen Gerichtsordnung Th. 3. Tit. 5. §. 86 sollen Invaliden, die des Schreibens und Lesens nicht ganz unkundig sind, als Boten angestellt werden und mehr Anforderungen werden auch in vielen anderen Ländern Deutschlands nicht gemacht. Ich frage nun einfach: Wer von beiden bietet mehr Gewähr für die Richtigkeit seiner Amtshandlungen dar, ein alter des Lesens und Schreibens nicht ganz unkundiger Invalide mit einem monatlichen Gehalt von 12 bis 15 Thalern oder ein rechtskundiger in einer ehrenvollen Stellung stehender Herold?

Der Charakter dieses Amtes besteht in der Vermittelung zwischen den Partheien. Der Herold ist nicht der Diener eines Richters oder eines Gerichts; er ist der Beauftragte der Parthei, die ihn zur Behändigung einer schriftlichen Mittheilung an die Gegenparthei sendet. Er kann zwar einen gesetzlich

zulässigen Antrag nicht ablehnen; aber in der Ausführung handelt er unter seiner alleinigen Verantwortlichkeit, also nach eigenem Ermessen und gibt dem Akt die Form, die er für die richtige anerkannt. Diese Unabhängigkeit von fremden Befehlen, diese Selbstständigkeit in Ausführung der erhaltenen Aufträge ist die ehrenvollste Stellung, welche für diese Beamtenklasse möglich ist, und das Vertrauen, was sie sich erwerben, wird sie zu uneigennützigen Freunden ihrer rechtsuchenden Mitbürger machen. Um diesen wichtigen und unentbehrlichen Beamten auch schon in Aeußerlichkeiten Achtung zu bezeigen, muß man ihnen zuerst einen passenden Namen geben, was aber Schwierigkeiten hat, weil die altdeutschen Namen, während man die Sache wieder herstellen will, gegenwärtig völlig verschollen sind und Niemand sie mehr versteht. Der Leyenspiegel sagt, daß sie in den verschiedenen deutschen Ländern genannt würden: Vogt, Amtmann, geschworener Gerichts- oder Rathsknecht, Büttel, Frohnbote, Pedell „und etwo in grober Sprach werden sie Schergen genannt;" außerdem hießen sie in Süddeutschland Waibel und Heimburger. Viele dieser Namen sind gemein geworden, alle unbekannt. Der wohltönende Name Herold kommt sonst nicht mehr vor, er ist also vakant und kann für jene Beamte verwendet werden. Dem Herold wird daher der wichtige Beruf zurückgegeben, welchen der Frohnbote ehemals in Deutschland hatte, nur mit veränderten Mitteln zur Geschäftsführung.

In Frankreich hat sich die unwürdige Benennung als huissiers (Thürhüter) durch die Revolution hindurch erhalten und sie ist ihnen bis heute geblieben. Sie stehen dort in sehr geringer Achtung beim Volk und die Staatsregierung hat nichts dafür gethan, das Amt ehrenvoller und dadurch sie selbst besser zu machen. Aber die Regierung selbst ist es gewesen, welche diese Beamten verschlechtert und erniedrigt hat, indem sie die durch die Revolutionsgesetze abgeschaffte Käuflichkeit ihrer Stellen durch ein Gesetz vom 28. April 1816 wieder einführte. Die Preise sind verschieden und gehen bis zu 100,000 Frcs. Die Folge davon ist, daß der Huissier außer dem standesmäßigen Unterhalt seiner Familie auch die Zinsen seines Anlagekapitals herauspressen will. Dadurch werden diese Beamten unredlich und habsüchtig, sie häufen die Kosten und lassen sich bestechen, sie werden dadurch die Plagen des Landmannes, von den Opfern ihrer Habsucht gehaßt und von den Andern verachtet. In der Rheinprovinz ist die französische Gesetzgebung beibehalten und wir haben Huissiers, welche in den eben so unpassenden Namen Gerichtsvollzieher umgetauft

sind, indem sie für die Gerichte nichts zu vollziehen haben. Sie sind in der großen Mehrzahl redliche, humane und gerechte Männer, weil sie ihr Amt umsonst bekommen und durch keinen Kaufpreis zu ungerechtem Eigennutz getrieben werden.

Eine liberale, die Rechte der Partheien achtende Gerichts- und Prozeß-Ordnung ist ohne eine selbstständig handelnde Heroldschaft nicht möglich. Wenn jeder in und außer Prozeß Herr seiner Rechte bleiben soll, so muß ein Beamter da sein, der den Auftrag einer Parthei nicht ablehnen darf, sondern ausführen muß, der auf seine alleinige Verantwortlichkeit handelt, der unter keinem Vorgesetzten und dessen höherer Leitung steht, ja sogar dann noch handeln muß, wenn auch ein Verbot von irgend einer Behörde erginge. Dies ist das Mittel zu einer wahren und wirksamen Sicherung der Rechte der Bürger.

---

# VI.

## Von der Anwaltschaft.

Der Beruf der Advokaten besteht in Vertheidigung der Rechte Anderer. Diese Rechte können vertheidigt werden im Prozeß wie außer Prozeß, in mündlicher wie schriftlicher Rede und schon ein bloßer Rath auf die Anfrage der Parthei gehört dazu. Dieser Beruf der Vertheidigung ist es, der ihnen den Namen gegeben hat, advocatus ist der von dem Rechtsuchenden zu Hülfe gerufene. Das deutsche Wort Anwalt bezeichnet nur einen Theil des Berufs des Advokaten, kann aber Mangels eines besseren angenommen werden.

Die Anwaltschaft hat eine politische und eine juristische Bedeutung. Die erste besteht darin, daß dieser Stand die Schule der Bildung für das öffentliche Leben ist und aus demselben unmittelbar oder mittelbar die höchsten Beamten des Staates hervorgehen, oft auch das Volk seine Vertreter wählt. Auf diese Weise üben die Mitglieder dieses Standes einen sehr großen Einfluß auf die Gesetzgebung und die Staatsverwaltung aus, dessen nähere Beschreibung hier aber übergangen werden muß, weil unsere Aufgabe sich auf Entwickelung der Grundsätze für eine Gerichts- und Prozeßordnung beschränkt. Ueberdies erringen sich die Anwälte durch ihre eigene Kraft die ihnen gebührende Stellung, Achtung und Einfluß, sobald die Gesetzgebung sie nur nicht mit unnatürlichen Fesseln belastet, sondern ihnen die Freiheit läßt, ihre Kräfte zu entfalten. Und diese völlige Freiheit in ihrer geistigen Bewegung muß ihnen schon darum gewährt werden, damit sie die ihnen gebührende juristische Bedeutung erlangen, welche eben in der Vertheidigung fremder Rechte besteht, sich also auf gerichtliche Verhandlungen und Rechtsgeschäfte beschränkt.

Das Recht der Vertheidigung gegen eine Klage oder Anklage, ist die wesentliche Bedingung der Gerechtigkeit des Urtheils. Wenn ein Verklagter oder Angeklagter ungehört und unvertheidigt

verurtheilt wird, so mag das Urtheil immerhin materiell mit dem Thatbestande und dem Gesetz übereinstimmen, formell ist es ein ungerechter Machtspruch, dessen Verdammung Niemand von dem Umstande abhängig macht, ob der Verurtheilte etwa freigesprochen wäre, wenn der Richter die Vertheidigung angehört hätte. Das Recht der Vertheidigung ist ein so heiliges und unantastbares, daß dessen Versagung oder auch nur Beschränkung unter allen gesitteten Völkern als ein Kennzeichen der unerträglichsten Tyrannei anerkannt ist. Wer sich nun nicht selbst vertheidigen kann oder will, der darf einen fähigeren Mann zu seinem Schutz und seiner Hülfe berufen. Die Wahl eines Vertheidigers ist eines Jeden Belieben freigestellt, auch dann, wenn er sich selbst vertheidigen könnte; jedes Verbot, selbst im beschränktesten Maaße wäre ein Eingriff in die bürgerliche Freiheit. Pflicht des Vertheidigers ist es, das ihm geschenkte Vertrauen zu rechtfertigen und in Erfüllung des Auftrages zu leisten, was mit Aufbietung aller seiner Kräfte nach den Umständen möglich ist *). Wenn ihm nun hierbei Hindernisse in den Weg gelegt werden, wenn ihm die freie Anwendung aller rechtlichen Mittel nach seinem Ermessen untersagt, wenn seine Vertheidigung in irgend einer Weise gestört oder beschränkt würde, so wäre es genau dasselbe, als wenn der Parthei selbst die Vertheidigung erschwert wäre. Also ist es die volle und freie Vertheidigung, welche die Parthei von ihrem Anwalt verlangt und zu verlangen das Recht hat und welche er durch Annahme des Auftrags verheißt. Sie ist damit das Recht und der Beruf des ganzen Standes, welcher die Forderung an die Gesetzgebung zu machen hat, ihm eine solche Stellung zu geben, durch die ihm eine volle und freie Vertheidigung möglich gemacht wird.

Worin bestehen die Hindernisse? Aehnlich wie bei den Richtern in der Abhängigkeit von oben. Wir haben in der ersten Abhandlung gesehen, wie die Unabhängigkeit des Richters dadurch begründet wird, daß er gleichmäßig sicher gestellt wird gegen Furcht vor Verlust seines Besitzes und gegen Hoffnung auf Erweiterung desselben. Dem Anwalt genügt die Sicherstellung gegen jede Furcht vollkommen, um seinen Beruf mit aller Freiheit auszuüben; die Hoffnung auf Erweiterung seines Besitzes ist im Gegentheil eine neue Triebfeder für treue Erfüllung seiner Pflicht. Will er seine Einkünfte vermehren, so muß er sich das Vertrauen

*) Cicero sagte: non defendi homines sine vituperatione fortasse posse, negligenter defendi sine scelere non posse.

seiner Mitbürger erwerben; will er zu einem Amte gewählt sein, so muß er zuvor die Ueberzeugung von seiner Tüchtigkeit und Rechtschaffenheit im Volke verbreitet haben; will er von der Staatsregierung zu einem Amte ernannt werden, so muß seine Fähigkeit und seine Treue erprobt sein. Der Anwalt ist der Mann des Vertrauens und zu dessen Erwerbe hat er kein anderes Mittel, als sein Talent und seinen Charakter. So fällt also glücklicher Weise sein eigenes Interesse und die Anforderung an seinen Beruf zusammen.

Die meisten Menschen, also auch die meisten Anwälte, welche die Furcht vor Gefahren drückt, gehen nur so weit und thun nur so viel, als mit Sicherheit geschehen kann. Was über diese Gränze hinausliegt und in das wahrscheinliche Gebiet der Gefahr fällt, das unterlassen sie, auch wenn es für sehr heilsam und nützlich, ja für nothwendig erkannt wird und solche Männer, welche trotz allen Beschränkungen ihrer Stellung auf persönliche Gefahr hin wagen, was die Pflicht ihres Amtes ihnen gebietet, werden immer seltene Ausnahmen sein. Nun beruht die Furcht der Anwälte vor Verlust ihres Besitzes allein in ihrer Abhängigkeit von oben, woraus folgt, daß die Unabhängigkeit der Anwaltschaft die wesentliche Voraussetzung zur Erfüllung ihres Berufs einer freien und vollen Vertheidigung ist.

Die verschiedenen Arten der Abhängigkeit, das heißt Unfreiheit, in welcher die Anwaltschaft in Deutschland lebt, ergeben die Wege, wie ihre Unabhängigkeit, das heißt ihre Freiheit wieder herzustellen ist. Sie sind folgende:

1. Die Anwaltschaft ist für ein Staatsamt erklärt, zu welchem die Staatsregierung ernennt,

2. die Zahl der Anwälte ist bei jedem Gericht auf ein angebliches Bedürfniß beschränkt,

3. der Anwalt steht bei allen seinen Handlungen unter der Aufsicht und Vormundschaft des Richters,

4. nicht seine Standesgenossen, sondern seine Ungenossen richten über den Werth oder Unwerth seiner Handlungen, über Wahrung oder Verletzung der Standesehre.

Die entgegengesetzten Grundsätze werden die Unabhängigkeit der Anwaltschaft wieder begründen.

1. Die Anwaltschaft ist kein Staatsamt, zu dem eine Wahl oder Ernennung beriefe, sondern ein freier Beruf, dem sich jeder widmen kann, der die gesetzliche Befähigung dazu erlangt hat. Diese muß jedenfalls vorher nachgewiesen sein. Sie ist dieselbe, die auch für Richter und Kronanwälte gefordert wird; denn jeder junge Jurist muß als Anwalt seine Laufbahn beginnen. Ueberdies

gehören zu einer zweckmäßigen Instruktion des Prozesses und zu einer guten Vertheidigung in mündlicher Rede eben dieselben juristischen Fähigkeiten, wie zur richtigen Entscheidung. Richter und Anwälte müssen von so gleichen Kräften sein, daß sie überall ihre Stellungen wechseln können. Endlich hängt von einer tüchtigen wissenschaftlichen und praktischen Ausbildung der Anwälte wesentlich die Würde der gerichtlichen Verhandlungen, die Richtigkeit der Entscheidungen und die Achtung des Volkes vor der ganzen Rechtsverwaltung ab. Frankreich hat traurige Erfahrungen hierin gemacht. Das Dekret der National-Versammlung vom 2. September 1790 hatte den ganzen Stand als solchen abgeschafft und die gerichtliche Prozedur jedem freigegeben, den die Partheien wählen wollten. Diese neue Art von Freiheit haben die Franzosen theuer bezahlen müssen. Die Habsucht, Lügenhaftigkeit und Betrügereien der freien Advokaten machte beide Partheien rechtlos, die ehemaligen (sehr ehrenwerthen) Advokaten zogen sich ganz aus den Gerichten zurück, weil sie mit diesem ehrlosen Gesindel nichts zu thun haben wollten und das schreckliche Unwesen zwang den Kaiser Napoleon durch Dekret vom 22. Ventose Jahres XII Rechtsschulen und Anwälte wieder einzuführen.

2. Die Zahl der Anwälte ist unbeschränkt, so daß jeder Wohnsitz wählen kann, wo er will. Dies ist die unmittelbare Folge und zugleich die Ergänzung des ersten Grundsatzes. Denn zur Beschränkung derselben auf eine gewisse Zahl bei jedem Gericht wird immer als Vorwand genommen zuerst das Bedürfniß der Einwohner des Bezirks und dann die väterliche Sorge um das Wohl und die Existenz der Anwälte. Diese Art der Bevormundung verbitten sie sich aber und das Wohl der Bürger leidet nicht darunter, wenn sie eine größere Auswahl haben. Die Furcht, daß eine zu große Anzahl der Anwälte die unbeschäftigten dahin bringen werde, die Bürger zu Prozessen aufzuwiegeln, ist — wörtlich genommen — zu einfältig, um eine Antwort zu verdienen. Aber sie ist auch nicht ernstlich gemeint; es steckt etwas anderes dahinter, das man zu nennen sich schämt, nämlich die Furcht aller Despoten vor der Rede eines freien Mannes. Jede Einmischung der Staatsregierung muß fern gehalten werden, wenn man der Anwaltschaft ihre Freiheit zurückgeben will. Wer Anwalt werden will, weist bloß seine Befähigung durch Vorlegung seiner Zeugnisse nach, worauf seine Vereidigung erfolgen muß. Das vereidende Gericht hat nichts weiter zu prüfen, als die Richtigkeit der Zeugnisse und ob der Besitzer nicht etwa seine Rechte daraus durch eine gerichtliche Verurtheilung wieder verloren hat. So

wenig die Staatsregierung den Anwalt ernennt, eben so wenig kann sie ihn entlassen. Bloß um sich die willkührliche Entlassung vorzubehalten, haben ihn manche Gesetzgeber für einen Staatsdiener erklärt, was mit der Wirklichkeit im offenbaren Widerspruch steht. Denn wem dient der Anwalt? Niemand und am wenigsten dem Staat, für den er nichts thut und der ihm nichts gibt. Er übt eine freie Kunst aus und sein Verhältniß zur Parthei ist das eines freiwillig übernommenen Mandats. Wenn er aber durchaus dienen soll und muß, so dient er demjenigen, dem er seine Hülfe zugesagt hat.

3. Dem Richter steht keine Aufsicht über die Anwaltschaft wegen Ausübung ihres Berufes zu und sie ist dessen Urtheil nicht unterworfen. Dies ist eine Art der Abhängigkeit, die allerdings durch unsere geselligen Sitten sehr gemildert ist, aber durch die Persönlichkeit einzelner Richter und mehr noch unter anderen Umständen der Freiheit der Anwaltschaft gefährlich werden kann. Der Anwalt sucht nicht unter zwei widerstreitenden Behauptungen das Wahre und Rechte, sondern er ist Partheimann und soll die Vertheidigung so führen, wie er es nach seinen Einsichten und seinem pflichtmäßigen Ermessen seiner Parthei am nützlichsten findet. Will die Gesetzgebung ihm die Gewähr dafür leisten, daß er allein seiner Ueberzeugung folgen kann, so darf er nicht dem Ermessen des Richters unterworfen werden. Steht diesem das Recht einer Aufsicht über die Schriften und Reden des Anwalts zu, so wird der Richter ihn unterbrechen, ihm Bemerkungen machen und ihn am Ende zurechtweisen, wenn er nach dem Maaße seiner Einsichten und seines Gefühls von Recht und Schicklichkeit findet, der Anwalt habe die Gränzen überschritten. Da hier kein geschriebenes Gesetz anzuwenden ist, sondern Alles von einem gewissen Gefühl, von einem unbestimmten Ermessen abhängt, so wird der Anwalt durch die Aufsicht des Richters dahin kommen, über seine Standesrechte und Pflichten dessen Meinung und oft dessen Willkühr sich unterwerfen zu müssen, statt daß sein Gewissen und seine Ueberzeugung ihn allein leiten sollen. Eben auf dieser Freiheit beruht die Würde der Anwaltschaft. Wenn nun das Gesetz auf der einen Seite dem Anwalt die völlige Freiheit der Vertheidigung dadurch zusichert, daß es ihn von jeder Aufsicht bei Ausübung seines Berufs befreit, so soll auf der andern Seite der Richter auch nicht der Leidenschaftlichkeit oder gar der offenbaren Verletzung aller Sitte und Ordnung preisgegeben sein. Zu dem Ende wird die Prozeßordnung dem Richter die Mittel zur Handhabung der Ordnung geben.

4. Der Anwalt steht auf Disciplinarklagen (das Rügeverfahren) unter der Gerichtsbarkeit seiner Standesgenossen, keines Ungenossen. Der Anwalt ist, wie gesagt, kein Staatsbeamter, er steht in Niemands Diensten, er hat keine Befehle zu ertheilen und keinen zu gehorchen, er ist nichts mehr, wie ein Bürger, der sich als Studium die Rechtswissenschaft, als Beruf die Vertheidigung seiner Mitbürger erwählt hat. Die Freiheit, deren er zur Ausübung seines Berufs bedarf, hat zwei Schranken, zuerst das positive Gesetz, dem er wie jeder Andere unterworfen bleibt und dann die Standesehre, die er nicht verletzen darf. Sie stehen unter einander in der engsten Verbindung, in täglichem Verkehr, dessen Würde durch Beobachtung der Regeln erhalten wird, welche aufrichtige, gesittete und von der Wichtigkeit ihres Berufs durchdrungene Männer als ungeschriebenes Gesetz für sich anerkennen. Sie alle haben ein gleiches Interesse an Erhaltung der Ehre und Achtung des ganzen Standes auch im Verhältniß desselben zu den Partheien, welche ihm die wichtigsten Familiengeheimnisse, Urkunden und Vermögensinteresse anvertrauen. Die eigenthümliche Standesehre einer Körperschaft oder eines Kollegium's kann nur von den Mitgliedern selbst richtig beurtheilt werden und eben in der Selbstregierung der inneren Angelegenheiten durch die Genossen und in dem Genossenschaftsgericht besteht die innere oder bürgerliche Freiheit der Genossenschaft. Sämmtliche Anwälte in einer Grafschaft müssen daher zu einem Kollegium vereinigt werden, welches die Disciplin über die Mitglieder ausübt. Irgend eine Disciplinargewalt ist nothwendig und haben sie die Anwälte nicht über einander, so bleibt nur übrig, sie den Richtern zu übertragen. Die Folge davon ist die Unfreiheit der Anwälte, weil sie unter dem Gericht der Ungenossen stehen. Der Richter als solcher hat wohl eine Ahnung, aber keine klare Anschauung von den eigenthümlichen Standesrechten und Pflichten der Anwälte, die sich dann gefallen lassen müssen, nach Meinungen verurtheilt zu werden, die keinen sicheren Halt in sich haben, nach Regeln, die sie gar nicht als gültig für sich anerkennen. Und wie es dann gewöhnlich weiter zu gehen pflegt, die Disciplinargewalt der Richter geht auf Handlungen über, welche der Anwalt nicht als solcher, sondern als Bürger gethan hat, *) auf sein öffentliches Leben als Wähler oder als Abgeordneter, auf seine Reden in

---

*) Ich kenne einen Prozeß, worin zwei Anwälte im Disciplinar-Verfahren verfolgt wurden, weil sie verbotene Bücher gelesen hatten. Wie man wohl denken kann, unter dem Ministerium Manteuffel.

Versammlungen, am Ende auf seine politischen Meinungen und religiösen Ueberzeugungen. So hat am Ende der Anwalt, der unter dem Gericht der Ungenossen steht, weniger Rechte, wie andere Bürger und was diesen erlaubt ist, wird bei jenem bestraft, oft mit Verlust seiner Existenz.

Ohne Unabhängigkeit der Anwaltschaft keine Freiheit der Vertheidigung, ohne Freiheit keine völlige Vertheidigung und ohne diese kein formelles Recht und keine gesicherte bürgerliche Freiheit. Dies ist so wahr und gewiß, daß man in jedem Lande das Maaß der bürgerlichen Freiheit auch ohne Kenntniß der Verfassung aus dem Grade der Abhängigkeit oder Unabhängigkeit der Anwaltschaft erkennen kann. Dabei lehrt die Geschichte, daß der ganze Stand dort am reinsten lebt und in der höchsten Achtung steht, wo er am meisten unabhängig ist und dort am tiefsten in Ehrlosigkeit versunken ist und in der größten Verachtung lebt, wo er am meisten unter der Willkühr steht, woraus man schließen muß, daß eine schlechte Anwaltschaft allemal durch die Gesetzgebung schlecht gemacht ist. Denn wer täglich mit Mißtrauen und Verachtung behandelt wird, der verliert bald das Ehrgefühl und das Selbstbewußtsein und mit der Ehre geht auch die Rechtlichkeit dahin. Gelderwerb durch den schmutzigsten Eigennutz müssen dann für den Verlust der höchsten Güter des Lebens Trost und Ersatz bringen. Im republikanischen Rom konnte Jeder die Rechte Anderer vor Gericht vertheidigen und die größten Staatsmänner aus den ersten Geschlechtern des Adels und der Ritter *) widmeten sich diesem Geschäft ohne alle Belohnung mit patriotischem Eifer, nachdem sie Prätoren und Konsuln, Proprätoren und Prokonsuln gewesen waren, nachdem sie große Kriege geführt, Schlachten gewonnen und Länder erobert hatten und mit der Ehre des Triumphes in ihre Vaterstadt zurückgekehrt waren. Cicero war Advokat, eben so alle die berühmten Redner, die er in seinem Dialog de claris oratoribus nennt **). Mit dem Despotismus der Kaiser verloren sie ihre Freiheit und mit deren Verlust ihre Ehre und Ammianus Marcellinus (um 350) gibt ein entsetzliches Bild von ihrer Ver-

---

*) P. Licinius Crassus war Pontifex maximus, zugleich der reichste Römer, der edelste Patricier, der größte Redner und der beste Jurist. *Cicero* de cl. orat. 26. *Gellius* I. 13. 10. Wie lange wird man wohl in Deutschland suchen müssen, bis man einen Mann mit diesen vier Eigenschaften findet?

**) Advokaten im heutigen Sinne des Worts. Damals unterschied man den rechtsverständigen Beistand (advocatus) von dem Redner oder Vertheidiger in mündlicher Rede (orator). Pseudo-Asconius in Ciceronis divin. 4.

dorbenheit; er nennt sie violenta et rapacissima genera hominum und vergleicht sie mit Hunden. XXX. 4. Ganz natürlich; denn die Advokaten sind die gebornen Vertheidiger des Rechts und der Gesetze, und werden dadurch die Gegner aller Despoten, welche jede Art der Freiheit hassen, also auch die Männer, welche sie vertheidigen. Darum werden dieselben gedrückt und herabgewürdigt, bis kein Rest von Unabhängigkeit für sie übrig bleibt und nachdem alle Unehren auf den Stand gehäuft sind, geht alles Ehrgefühl verloren. In England, wo das Volk seine politische Freiheit sich erhalten hat, stehen die Advokaten in der höchsten Achtung und aus ihren Reihen gehen die ersten Staatsmänner hervor. In Deutschland dagegen, wo die politische Freiheit seit Jahrhunderten dem Absolutismus unterlegen hat, standen sie noch im Anfang dieses Jahrhunderts in keiner Achtung, weil sie durch die Gesetzgebung der entehrendsten Behandlung, der empfindlichsten Beschimpfung und selbst der schrankenlosesten Willkühr unterworfen waren. Ungehört konnte jeder Richter ihnen Verweise mit allen möglichen Grobheiten ertheilen, er konnte Geldbußen gegen sie erkennen und der Justizminister konnte sie nach Belieben suspendiren oder auch ganz absetzen. In manchen Ländern Deutschlands ist es noch so. Wie ist es denkbar, daß ein so unfreier Mann mit Muth und Hingebung die verfolgte Unschuld und das unterdrückte Recht gegen die vertheidige, die ihn in der Gewalt haben?

# VII.

## Von Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Die öffentliche Beweiskraft der Urkunden beruht auf ihrer Form und der Kompetenz des Verfassers. Wer soll dieser Verfasser sein? In Frankreich sind seit alter Zeit besondre Beamte, die Notare, mit der Errichtung öffentlicher Urkunden beauftragt und nur einige wenige einseitige Erklärungen werden vor den Gerichtsschreibern abgegeben. In Deutschland sind die Gerichte zur Aufnahme aller Verträge und einseitigen Erklärungen kompetent, jedoch so, daß einige zu ihrer Gültigkeit gerichtliche Aufnahme erfordern, die Partheien aber bei anderen die Wahl haben, das Gericht, oder einen Notar oder einen Gerichtsschreiber anzugehen. Die Gränzen der Kompetenz interessiren hier nicht; es fragt sich nur, wer am besten mit allen Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit beauftragt wird, oder ob einige mit der einen, andere mit der andern Art.

Die Kompetenz vorausgesetzt haben öffentliche Beweiskraft bis zur Fälschungsklage sowohl die Urschriften als die Ausfertigungen. Sehr wenige Urkunden werden im Original an die Partheien abgegeben, die meisten in Ausfertigung, welche die wörtliche Abschrift enthält, beglaubigt durch das Siegel und die Unterschrift des Beamten, dem das Recht der Ausfertigung übertragen ist. Wer die Ausfertigungen ertheilen soll, ergibt sich von selbst, nämlich der, welcher die Urkunde in Besitz und Verwahr hat. Das Geschäft der Errichtung besteht in der Abfassung und Beglaubigung, diese durch die Unterschrift, welche den Akt vollendet und deren Dasein bezeugt, daß die erschienenen Partheien wirklich die benannten sind und unterschrieben haben. Eine gute Abfassung erfordert, daß der Verfasser die wahre Willensmeinung der Partheien mit Klarheit in der Sprache des Gesetzes wiedergebe. Wollte man die Errichtung öffentlicher Urkunden

vorzugsweise dem übertragen, welcher der Fähigste dazu ist, so möchte die Wahl zweifelhaft sein, da in der Regel Richter, Notare, Anwälte und Gerichtsschreiber von gleichen Fähigkeiten sind, zumal wenn man von den Gerichtsschreibern juristische Ausbildung erfordert, oder ihnen nur die Aufnahme einseitiger Erklärungen und etwa noch die Anfertigung der Inventarien überträgt. Man muß sich daher aus anderen Momenten entscheiden und diese liegen in den Gegenständen der Verträge.

Die Eintheilungen der Sachen in bewegliche und unbewegliche umfaßt das ganze Gebiet der Vermögensrechte; jeder Vertrag über ein Vermögensrecht betrifft daher entweder ein Bewegliches oder Unbewegliches. Das Unbewegliche ist das Eigenthum an einem Grundstück oder ein dingliches Recht an demselben, Pfandrecht oder Dienstbarkeit. Lassen wir die Dienstbarkeiten als minder wichtige und auch seltenere Gegenstände der Verträge einstweilen bei Seite, so ist es der Erwerb des Eigenthums und der Pfandrechte durch Verträge, welcher den Gesetzgeber bestimmen muß, wie und von wem die Aufnahme dieser Verträge geschehen soll. Es ist die größte Aufgabe der Gesetzgebung, den Uebergang des Eigenthums aus einer Hand in die andere sicher zu stellen, denn darauf beruht der ganze Realkredit, indem die Gewißheit des Eigenthums die Bedingung der Sicherheit der vom Eigenthümer bewilligten Pfandrechte ist, Unsicherheit der Hypotheken beruht allemal in Unsicherheit des Eigenthums. Alle Gesetzgeber haben diese ihre Aufgabe als solche anerkannt und die verschiedensten Mittel sind zu ihrer Erfüllung versucht worden, natürlich mit sehr verschiedenen Erfolgen.

Die Lösung der Aufgabe würde sicher gefunden werden, wenn man das Eigenthum objektiv und öffentlich feststellen könnte, nämlich durch Karte und Lagerbuch. Da nämlich die Karte keinen hinreichenden Raum darbietet, um den Eigenthümer und dessen Verpfändungen hineinschreiben zu können, so müssen die einzelnen Grundstücke in das Lagerbuch eingeschrieben werden, um den fehlenden Raum zu gewinnen. Eine solche Arbeit übersteigt aber menschliche Kräfte, wo das Grundeigenthum sehr getheilt ist. Hier also tritt eine physische Unmöglichkeit entgegen. Sodann setzt die öffentliche Feststellung des Eigenthums die Verbindlichkeit der Eigenthümer voraus, jede Besitzveränderung anzuzeigen und die Eintragung zu bewirken. Die Gesetzgebung hat aber weder das Recht noch die Mittel, um die Erfüllung dieser Verbindlichkeit zu erzwingen. Wenn zwei großjährige Erben die Erbschaft durch unbeglaubigte Akte theilen, ist darum das Eigen-

thum weniger übergegangen, als durch ein gerichtliches Theilungs-verfahren oder eine Adjudikation des Richters? Noch nicht einmal die Strafe der Nichtigkeit würde hier helfen, da es immer von dem freien Willen der Partheien abhängt, ob sie die Einrede einwenden wollen oder nicht.

Es bleibt daher nichts anders übrig, als die Einrichtung des Grund- und Hypothekenwesens der objektiven Feststellung so nahe zu bringen, als die Rechte der Eigenthümer und ihr freies Verfügungsrecht erlauben werden. Dazu bietet das in einem großen Theile Deutschlands bereits bestehende Kataster einen willkommnen Stützpunkt dar. Nun sind Bannkarten und Lagerbücher öffentliche Urkunden, die in einem öffentlichen Archiv aufbewahrt werden müssen, wo die Einschreibungen auf den Grund der Verträge der Partheien geschehen. Man sieht hieraus, daß die Notare mit Aufnahme dieser Verträge nicht befaßt werden können; denn sie schreiben in ihren Wohnungen und haben dort ihr Archiv. Im Kataster-Amt selbst muß ein Richter bestellt sein, der nicht nur die Verträge abfaßt, sondern auch mit dem Gerichtsschreiber die Einschreibung in das dazu bestimmte Register besorgt und zwar auf den Grund der Urkunde selbst. Verfaßt der Notar dieselbe, so ist allemal eine Ausfertigung nöthig, die dem Kataster-Amt oder (nach dem französischen System) dem Hypotheken-Amt zur Einschreibung vorgelegt wird. Die Kosten der Ausfertigung werden also den Partheien erspart. Außerdem machen zwei andere Gründe die Uebertragung dieser Geschäfte an das Richteramt nothwendig.

1. Der Richter kann veranlaßt sein, das Einschreibungsgesuch abzuweisen. Dieser Beschluß ist ein gerichtliches Urtheil, gegen welches die Berufung zuläßig ist und das in zweiter Instanz abgeändert werden kann. Nun können gerichtliche Urtheile nur von Richtern erlassen werden und nur eine richterliche Entscheidung ist der Prüfung und Abänderung eines höheren Richters unterworfen.

2. Was bei persönlichen Klagen der Arrest, das ist bei dinglichen der Protest. Derselbe muß eingeschrieben werden, damit er für Jedermann gültig und bindend sei. Der Beschluß über die Zulassung eines Protestes und die Verordnung der Einschreibung desselben ist gleichfalls ein gerichtliches Urtheil, das nur von einem Richter gegeben und vor einem höheren angefochten werden kann.

In der Wirklichkeit ist der kompetente Beamte gewöhnlich der Verfasser des Aktes. Bei Geschäften von großer Wichtigkeit dagegen, wie bei Gesellschaftsverträgen, ist jede Parthei von einem Anwalt berathen und die Anwälte machen den Akt ganz fertig,

ehe die Partheien vor dem Beamten zum Abschluß erscheinen. Es hindert nichts, den Anwälten die Befugniß zum völligen Abschluß des Vertrages zu gewähren. Man hat die besten Verfasser, die zugleich die Interessen und Wünsche ihrer Partheien gehörig berücksichtigt haben und eine hinreichende Beglaubigung, die eben so viel Vertrauen verdient, wie irgend eine richterliche. Alsdann muß aber der Akt, damit er eine öffentliche Urkunde werde, dem Gerichtsschreiber zur Aufbewahrung im Archiv übergeben werden und erst von diesem Moment an ist er öffentliche Urkunde geworden und vor Verlust oder Verfälschung gesichert. Denn die Anwälte haben kein Archiv, kein Siegel und keine Befugniß zu Ausfertigungen mit vollziehbarer Kraft. Bei dieser Einrichtung versteht es sich von selbst, daß sie nur solche Verträge betreffen kann, die nicht von der alleinigen gerichtlichen Kompetenz sind.

---

## VIII.

# Die Form als Träger des Rechts.

## System der Richtigkeiten.

Ausgehend von den in der Einleitung aufgestellten Grundsätzen, daß das prozessualische Verfahren gesetzlich geregelt sein muß, damit das Gesetz und nicht die Willkühr herrsche, daß jeder Handlung eine gewisse Form vorgeschrieben sein muß, an welche Richter wie Partheien gebunden sind, daß die Partheien in gleichen Rechten vor dem Richter stehen und sie auch während des Prozesses Herren ihrer Rechte bleiben, — gehen wir jetzt zu der Frage über, worin das Bindungsmittel bestehe, durch welches die Rechte der Partheien gesichert werden. Die Form ist der Träger des Rechts. Die Uebereinstimmung aller Gesetzgebungen beweist, wie unmöglich es ist, diesen Grundsatz ganz zu verlassen und das Recht von der Form zu befreien. Die Beweiskraft der öffentlichen Urkunden wird durch ihre Form bedingt, nicht durch ihren Inhalt. Mag der Richter die Ausfertigung seines Urtheils, der Notar die seines Aktes eigenhändig geschrieben haben, sie gilt nichts, wenn Unterschrift und Siegel fehlen. Dies ist die Gestalt, in welcher sie erscheinen muß, um eine Urkunde mit öffentlicher Beweiskraft zu sein. Die Idee, daß das materielle Recht durch die Form getragen werde, liegt der Rechtsregel zum Grunde, res judicata pro veritate accipitur. L. 207. D. de reg. jur. und L. 25. D. de statu hom. Was der Richter entschieden hat, ist formelles Recht zwischen den Partheien, das aber das materielle Recht sehr verletzen kann. Dem Beschwerten steht ein Rechtsmittel dagegen offen, aber nur in einer gewissen Frist. Mit welchem Recht könnte ein Gesetzgeber materielles Unrecht schützen und sogar für unabänderlich erklären, wenn nicht die unabweisliche Nothwendigkeit vorläge, die Materie an die Form zu binden? Hat der Beschwerte entweder kein Rechtsmittel innerhalb der Frist eingewendet oder hat der höhere Richter das erste Urtheil bestätigt,

so ist es bloß die Form, welche das Recht gemacht hat, daß es unabänderlich bleibt, wenn auch das materielle Unrecht sonnenklar wäre.

Die Prozeßordnung weist die Mittel und Wege an und schreibt den Gang des Verfahrens vor, wie eine Parthei gegen die andere vor Gericht ihre Rechte geltend macht. Formen geben die Gestalt, Fristen die Zeit, in welcher prozessualische Akte Gültigkeit und Wirkung haben sollen. Beide sind also die Bedingungen des Rechts selbst, das eine Parthei gegen die andere geltend macht. Die Prozeßordnung, welche die Beobachtung der vorgeschriebenen Formen und Fristen sichern will, muß den Partheien ein Recht auf deren Beobachtung geben, das sie wie jedes andere erworbene Recht fordern können. In diesem System wird also der Parthei, gegen welche der Akt gemacht wird, das positive Recht auf Beobachtung der Form gegeben und der Parthei, von welcher er ausgeht, die positive Pflicht dazu auferlegt und was erworbenes Recht der Parthei ist, das muß ihr zuerkannt werden, so wie sie es verlangt. Was verlangt nun die Parthei vom Richter? Daß er dem formwidrigen Akte bloß wegen Verletzung der Form die Gültigkeit versage, daß er das verlangte Recht bloß wegen Versäumung der Frist abweise, das heißt, daß er den Akt für nichtig erkläre. Eine Prozeßordnung, welche die Rechte der Partheien sichern und nicht von der Gnade des Richters abhängig machen will, hat kein anderes Mittel, als die Strafe der Nichtigkeit, die im Gesetze angedroht wird. Das darin angenommene System der Nichtigkeiten schließt zweierlei Folgen unmittelbar in sich, erstlich, daß kein Richter berechtigt ist, einer Parthei ihr erworbenes Recht aus Billigkeitsgründen zu versagen oder Restitution dagegen zu bewilligen, zweitens, daß keine Nichtigkeit wegen Formfehler, kein Verlust eines Rechts aus dem Ablauf der Frist vorher als Präjudiz von der Gegenparthei oder vom Richter braucht angedroht zu werden; denn das Gesetz hat dies für alle Fälle im Voraus gethan.

Ein Recht ohne Zwangsmittel ist kein vollkommenes Recht und das Zwangsmittel im Prozeß ist die Strafe der Nichtigkeit. Ohne dieselbe ist die Beobachtung der Gesetze, welche die Formen vorschreiben, sind also die Rechte der Partheien der Willkühr des Richters überlassen, den sein Eifer, das wirkliche Recht zu suchen, allmählig über alle Formen hinausführen wird, besonders wenn kein Schaden entstanden ist. Damit ein Verklagter über die Person des Klägers nicht in Zweifel sei, muß die Ladung die Angabe des Namens, Vornamens, Gewerbes und Wohnorts bei Strafe

der Nichtigkeit enthalten. Der Verklagte erscheint auf eine unvollständige Ladung und beschwert sich über deren Mangelhaftigkeit. Hätte er nicht das positive Recht, die Vernichtung des Aktes zu fordern, so würde der Richter ihm entgegnen: Du hast die Ladung erhalten, Du bist gegenwärtig, Du siehst den Kläger Dir gegenüber, Du kannst nicht mehr zweifeln, wer Dich verklagt hat, warum willst Du nicht antworten? So geht es immer weiter und weiter, bis am Ende keine Form mehr beobachtet wird. Obgleich die Gesetze gegeben sind, damit sie befolgt werden, obgleich das Gesetz die feste und unbeugsame Regel sein soll, welcher der Richter sich so gut unterwerfen muß, wie die Partheien, so haben diese doch ohne die Strafe der Nichtigkeit kein Mittel in Händen, die Beobachtung des Gesetzes als ihr erworbenes Recht zu erzwingen und sie sind der Willkühr des Richters überlassen. Nichtigkeiten werden wieder erkannt, die hundert Mal übergangen sind, andere werden übergangen, die hundert Mal erkannt sind, so daß Niemand mehr mit Sicherheit wissen kann, welche seiner Rechte der Richter anerkennen wird, welche nicht und eine feste Praxis unmöglich sich bilden kann.

Das französische Sprüchwort: la forme emporte le fond, hat bei Manchen, welche die Sache nicht verstanden und das Maaß ihrer Einsicht für das Maaß der Wahrheit annahmen, zu allerlei Spöttereien Anlaß gegeben. Sie können nur die schiefe Ausdrucksweise betreffen, in welche ein an sich richtiger und nothwendiger Gedanke eingekleidet ist, nicht die Sache selbst; denn das Recht ist kein Gegenstand des Spottes. Emporter heißt hier überwiegen, überwältigen, gewaltsam mit sich wegnehmen. Nun kann es allerdings dahin kommen, daß die Form das wirkliche Recht überwältigt, wie etwa bei der Rechtskraft eines ungerechten Urtheils. Aber das ist nicht die Bestimmung der Formen und der Nichtigkeiten. Sie sollen das Recht schützen und tragen und wenn sie einmal materielles Unrecht zum formellen Recht erheben, so ist das nur die äußerste Möglichkeit, die letzte Konsequenz. Dies deutet jenes Sprüchwort an, dessen Sinn, damit es als Folie des Spottes diene, dahin erweitert wird, daß die Form allemal das wirkliche Recht verschlinge. Wir sagen richtiger: die Form ist der Träger des Rechts und das System der Nichtigkeiten gibt der Form diese Kraft.

Die Furcht vor Ausflüchten und Ränken, welche sich hinter den Nichtigkeiten verbergen werden, ist kaum eine Erwähnung werth. Was der böse Schuldner mißbraucht, dient dem ehrlichen gegen Ueberlistung eines unredlichen Gläubigers. Man kann nicht

einmal von Mißbräuchen sprechen, wenn das Gesetz jedem Kläger sagt, welche Form seine Klage zu ihrer Gültigkeit haben soll. Warum hat er das Gesetz nicht befolgt? Ist das ein Mißbrauch, wenn er die Folgen seiner eigenen Schuld trägt? Und dann, wenn selbst Mißbräuche mit den Einreden der Nichtigkeit vorkommen, — was wollen solche Mißbräuche in einzelnen Fällen bedeuten gegen die allgemeine Rechtsunsicherheit, die allemal entsteht, wenn keine Form der Schutz des Rechtes ist?

Eine zweite Frage betrifft das Maaß, bis wohin das System der Nichtigkeiten ausgedehnt werden soll und hier ist die goldene Regel des Horaz zu beherzigen:

Est modus in rebus, sunt certi denique fines,
Quos ultra citraque nequit consistere rectum.

Wenn grundsätzlich die Strafe der Nichtigkeit das Verfahren in den Schranken des Gesetzes erhalten soll, so ist damit doch keineswegs gesagt, daß alle und jede Vorschrift damit gesichert sein muß. Nur die Formen, welche wesentlich für die rechtliche Existenz des Aktes oder für die Vertheidigung des Gegners sind, dürfen bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben werden, wogegen die weniger wesentlichen eine solche Sicherung nicht bedürfen und oft verschmähen. Es hat gewiß seine Schwierigkeiten, die richtige Mitte zwischen dem Zuviel und dem Zuwenig zu finden. Der Begriff des Wesentlichen und zur Vertheidigung Nothwendigen bewahrt vor dem Zuwenig und die Kenntniß der französischen Prozeßordnung vor dem Zuviel. Dies Gesetz hat durch seine übertriebene Ausdehnung der Nichtigkeiten die Abneigung gegen das System im Ganzen verschuldet, die unter den deutschen Juristen herrscht. Das Subhastationsverfahren (indeß durch spätere Gesetze vereinfacht) starrt von einer solchen Menge von Förmlichkeiten und Nichtigkeiten, daß (wie die Franzosen selbst gesagt haben) der geschickteste und aufmerksamste Jurist nicht dafür einstehen kann, eine Subhastation durch alle Klippen und Sandbänke glücklich durchzuführen. Ein gleiches Uebermaaß von Nichtigkeiten findet sich beim Zeugenverhör im ordentlichen Prozeß. Man sollte denken, es sei genug, wenn der Richter alle Vorschriften befolgt habe, welche das Gesetz für sein Protokoll gegeben. Aber nein! Wenn er nicht am Schluß seines Protokolls ausdrücklich sagt, daß er sie alle beobachtet habe, so ist das ganze Zeugenverhör nichtig, obgleich er sie wirklich alle beobachtet hat. Art. 275.

Da die im Gesetz verordnete Strafe der Nichtigkeit den Sinn hat, daß der Parthei ein erworbenes Recht auf Beobachtung der Formen gegeben ist, so kann auf Vernichtung eines Aktes nicht

anders erkannt werden, als auf ausdrückliches Verlangen der Parthei, das heißt auf die eingewendete Einrede der Richtigkeit in den Instanzen und auf die Richtigkeitsklage von dem Kassationshof. Denn es sind bloße Privatrechte in Frage, worüber Jeder nach Belieben schalten, auf die er also auch verzichten kann. Von Rechts und Gesetzes wegen ist folglich kein Akt nichtig und der Richter kann keinen von Amtswegen vernichten. Allerdings muß er, bevor er unkontradiktorisch einen Verklagten verurtheilt, untersuchen, ob überhaupt eine Vorladung, das heißt ein vollendeter Ladungsakt da ist. Wenn ihm ein Akt vorgelegt wird, der keine Unterschrift, oder kein Datum, oder nicht den Namen des Empfängers, oder kein Petitum hat, so wird er sich mit der Klage nicht befaßt erklären, weil der Akt gar keine Vorladung ist, also die erste Bedingung zu einem Urtheil fehlt. Aber er wird nicht auf Vernichtung erkennen, denn Niemand hat sie gefordert. Dies Urtheil setzt also allemal die Anwesenheit der Parthei voraus.

Die Römer verstanden von der Bedeutung der Form etwas mehr, wie ihre Nachfolger, die Päpste und die deutschen Gesetzgeber. Alle ihre politischen und religiösen Akte waren an eine gewisse Form gebunden, ohne deren genaue Beobachtung der Akt nicht rite vollzogen, also ungültig war und wiederholt werden mußte. Konsuln und Diktatoren mußten auf's Neue gewählt werden, wenn ein Versehen bei der Wahl vorgekommen war. Ihre Stipulationen wurden nicht durch den Willen und dessen Erklärung, sondern erst durch die Form das Gesetz unter den Contrahenten. Das ganze prozessualische Verfahren war an die strengsten Formen gebunden, von der in jus vocatio an bis zur Immission des Gläubigers in das Vermögen des Schuldners. Die Uebertragung des römischen Eigenthums und die Freilassung der Sklaven geschah vor dem Magistratus durch gewisse vorgeschriebene Handlungen und das Aussprechen gewisser Worte. Die legis actiones waren feierliche Handlungen zwischen den Partheien vor dem Magistratus, bei denen genau die Worte des Gesetzes gebraucht werden mußten, keine andere ähnliche oder gleichbedeutende bei Verlust der Klage. Legis actiones appellabantur, quia ipsarum legum verbis accommodatae erant et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur. Gajus IV. 11. Wenn bei der legis actio per judicis postulationem der Kläger den Verklagten vor Gericht geführt hatte und nun seine Klage auf Schadensersatz wegen abgehauener Weinstöcke edirte, so verlor er sein Recht, wenn er vites statt arbores gesagt hatte, quia debuisset arbores nominare eo, quod lex XII. tabularum, ex qua de vitibus succisis actio

competeret, generaliter de arboribus succisis loqueretur. Gajus IV. 11. Eben darauf beruhte bei Klagen wegen Geldforderungen der Unterschied zwischen judicium und arbitrium. Cicero pro Q. Roscio com. 4. Unabänderliche Formulare waren es, durch deren Aussprechen von Seiten des Klägers und des Verklagten jeder Prozeß gebunden wurde, mit einem Formular wurde der Richter bestellt und mit einem Formulare derselbe angewiesen, den Verklagten zu verurtheilen oder loszusprechen, si paret — si non paret. Will man diesen unerreichten Mustern in der Kunst der Gesetzgebung etwa zutrauen, daß sie aus Unverstand oder aus Pedanterie mit solcher Strenge die Beobachtung der gesetzlichen Formen und der concepta verba gefordert hätten? Ganz gewiß nicht. Eben die konsequente Durchführung dieses Systems beweist, daß sie durch das klare Bewußtsein geleitet waren: nicht der gute Wille des Richters, sondern die Form muß der Schutz und Träger des Rechtes sein, daher man den Partheien ein positives Recht auf Beobachtung der Form gab. Sie hatten den Namen nicht, aber in der Wirklichkeit ist es das System der Nichtigkeiten wegen Formfehler. Der einzige Unterschied zwischen damals und heute besteht darin, daß sie in den Zwangsmitteln weiter gingen, als wir für erforderlich halten. Bei ihnen ging das Recht selbst verloren, während es für den Zweck genügt, wenn nur die Klage oder der Akt vernichtet wird und der Verlust des Rechts selbst uns als eine durch keine Nothwendigkeit gebotene Härte erscheinen würde.

Der Verlust des Rechts aus Verletzung der Formen mußte im Urtheil des Magistrates ausgesprochen werden. Wie aber, wenn die Nichtigkeit in der Entscheidung des Richters lag, nach dessen Verkündung das judicium beendet war? Einen Kassationshof oder etwas ähnliches hatten die Römer nicht; aber sie halfen sich mit gleicher Wirkung auf andere Weise. Wenn nämlich auf den Grund des ergangenen Urtheils die actio judicati erhoben wurde, so wendete der Verurtheilte die Nichtigkeit ein, die in Unfähigkeit oder Inkompetenz des Richters, in einer offenbaren Verletzung des bestehenden Rechts, in versäumter Vertretung, wo sie nothwendig war und auch in Verletzung prozessualischer Formen bestehen konnte. Die tit. D. quae sententiae sine appellatione rescinduntur 49. 8 und C. quando provocare non est necesse, 7. 64 enthalten die einzelnen Fälle. Von einem solchen Urtheil sagten die Juristen: sententia nullius momenti est und die Kaiser: sententiae auctoritatem non obtinebit, sententia jure non tenet. Dies ist eine wirkliche Nichtigkeit in unserem Sinne, zu deren Geltendmachung nur ein anderes Verfahren angeordnet war.

# IX.

## Von der Klage und der Vorladung.

**A. Inhalt der Klage.** Bei einer mündlichen Einleitung des Verfahrens ist die in jus vocatio und die editio actionis der Römer die sicherste und vollkommenste Art der Erhebung einer Klage, die schwerlich durch irgend eine andre Einrichtung übertroffen werden konnte. Indeß ist eine Rückkehr zu diesem Verfahren nicht mehr möglich und eine schriftliche Klage ist als dauernde Grundlage des Prozesses unter uns unabweisliches Bedürfniß. Schon im Justinianischen Recht ist ein libellus conventionis (§. 24. J. de act.) für alle Klagen vorgeschrieben und er ist seitdem in allen Gesetzgebungen beibehalten.

Die Klage ist die erste Frage des Klägers an den Richter, das Urtheil die letzte Antwort des Richters an den Kläger. Da jedes bestehende Rechtsverhältniß das Produkt aus dem Gesetz und der von demselben vorausgesetzten Thatsachen ist, so muß der Richter zuerst die Thatsachen feststellen, dann dieselben unter das Gesetz subsumiren und auf diesem Wege zu dem Schluß kommen, daß der Verklagte schuldig sei und eben dies ist es, was er in den Gründen seines Urtheils den Partheien deducirt. Die Rechtsgründe, welche die Partheien von dem Richter hören sollen, braucht der Kläger nicht dem Richter zuvor entwickelt zu haben, daher sie in der Klage keinen Platz finden können, so daß für dieselbe nur folgende vier Erfordernisse übrig bleiben:

1. Der Name des Klägers,
2. Der Name des Verklagten,
3. Das Petitum des Klägers,
4. Der Klagegrund, das heißt Angabe des Rechtsgeschäfts oder der einseitigen Handlung oder der Thatsache, worauf der Kläger seine Forderung gründet.

Die Lehrer des gemeinen deutschen Prozesses erfordern eine Geschichtserzählung, eine vollständige historische Darstellung für das fundamentum agendi. Sie ist zuweilen bei dinglichen Klagen zweckmäßig, mitunter auch nothwendig und für diese mag die Prozeßordnung ein Klagelibell vorschreiben, auf dessen Grund die Instruktion schriftlich weiter geführt wird. Bei persönlichen Klagen ist sie in der Regel überflüssig oder vielmehr ohne Gegenstand. Denn was ist da viel zu erzählen, wenn ein Gläubiger auf den Grund eines Schuldscheins sein Darlehn einfordert oder der Verkäufer eines Pferdes den Kaufpreis oder der Vermiether den rückständigen Miethzins einklagt? Erzählt werden aber doch allerlei Umstände, um nur dem Gesetz und dem Gerichtsbrauch Genüge zu thun, obgleich sie nicht das mindeste zur Begründung der Klage beitragen. Dem Verklagten genügt zu seiner Vertheidigung in den meisten Fällen, wenn das der Klage unterliegende Rechtsgeschäft mit seinem Gegenstand und gesetzlichem Namen, etwa noch unter Beifügung der Zeit des Abschlusses bezeichnet wird und eben so hat der Richter hieran genug, um den Verklagten anzuhören, dessen Einwendungen zu verstehen, Beweise anzuordnen und am Ende sein Erkenntniß zu geben. Wozu also noch unnützen Ballast einnehmen? Denn wenn der Kläger das Recht zur Erzählung gleichgültiger Umstände hat, so hat der Verklagte das Recht, alle diese Ueberflüssigkeiten zu beantworten und mit neuen zu vermehren.

**B. Abfassung der Klage.** Die Klage kann entweder in der Vorladung enthalten sein und dies ist die kürzeste und mit einer schriftlichen Grundlage des Prozesses dem alten römischen Verfahren ähnlichste Art der Einleitung; oder es wird neben der Vorladung ein schriftliches Klagelibell mitgetheilt. Man wird aus der zwölften Abhandlung ersehen, daß der schriftlichen Klage eine schriftliche Instruktion folgt. Gegenwärtig fragt es sich nur, wer soll Verfasser der Klage sein? Der Kläger selbst, entweder durch einen Anwalt oder Herold; der eine wie der andere ist hier sein Beauftragter. Im gemeinen deutschen Prozeß und nach vielen Partikular-Gesetzgebungen hat der Kläger die Wahl, entweder einen Anwalt mit Abfassung der Klage zu beauftragen oder den Richter darum anzugehen, der das Gesuch nicht ablehnen darf. Ohne Zweifel wollte man mit dieser zweiten Art der Einleitung des Prozesses den Bürgern die Verfolgung ihrer Rechte erleichtern; aber dieser Weg ist auf Kosten der Würde und Unpartheilichkeit des Richters gewählt. Ist das Rechtsverhältniß, aus dem geklagt werden soll, zweifelhaft und das Thatsächliche verwickelt, so

hat der Anwalt mit dem Kläger sorgfältig zu überlegen, wie und gegen wen die Klage zu erheben, wie das Petitum zu formuliren, welche Umstände zu behaupten, welche zu verschweigen, welche Erkundigungen zuvor einzuziehen, welche Urkunden herbeizuschaffen, welche Sachverständige zu befragen, welche Beweise zu erbieten seien. Der Anwalt ist hier in den Gränzen seines Berufs, er ist der eigentliche Rathgeber der Parthei. Der Richter muß also vor dem Kläger den Anwalt spielen, wenn er seiner Pflicht gemäß eine richtige Klage verfassen will. Ein Richter, der sich so tief mit dem Kläger allein eingelassen hat, ist dem Verklagten gegenüber nicht mehr unbefangen und wird sicher nicht sein eigenes Werk verdammen, nicht die Klage angebrachter Maaßen abweisen. Ueberdies ist es eine unwürdige Stellung, im Dienst einer Parthei schreiben zu müssen, die dann nicht mehr Herr ihrer Rechte bleibt. Denn der Richter weiß es ja besser.

c. **Verfügung des Richters auf die Klage.** Im alten römischen Recht gab der Praetor kein judicium, wenn die Klage in Rechten unbegründet war. Die in jus vocatio und die actionis editio wurde unter Justinian durch den libellus conventionis, verbunden mit der vom Richter angeordneten citatio ersetzt, welche verweigert wurde, wenn die Klage unbegründet erschien. Mit den Klagelibellen ist auch die richterliche Prüfung in Deutschland beibehalten, welche sich über den Klagegrund selbst und die Vollständigkeit des Libells erstreckt, so daß die Klage sogleich ganz oder auch vorläufig abgewiesen oder deren Vervollständigung verfügt werden kann. Diese vorgängige Prüfung ist etwas, das in Deutschland allerdings in der Unvernunft der päpstlichen und Reichsgesetzgebung seine vollständige Rechtfertigung findet. Denn wenn der Ungehorsam des Verklagten zuerst für Verneinen der Klage erklärt wird, wenn Einreden und Incidentpunkte zu jeder Zeit beliebig erhoben werden können, wenn über jeden Streitpunkt ein richterliches Urtheil ergeht, wenn gegen jedes End- und Zwischenurtheil die Berufung, wohl gar noch die Revision gestattet wird, dann vererben die Prozesse von einer Generation auf die andere und der Skandal wäre zu groß, wenn nach dreißigjähriger Instruktion der Richter auf Vervollständigung der Klage erkennen wollte. Zur Vermeidung dieses Skandals ist die vorgängige richterliche Prüfung gut, die weder möglich noch nöthig ist, wenn nicht der Richter, sondern der Kläger selbst vorladet. Denn alsdann bekommt der Richter von der Klage nicht früher etwas zu sehen oder zu hören, als bis beide Partheien vor ihm stehen und

dann wird man die Erklärung des Verklagten abwarten. Die Regel jedes gerichtlichen Verfahrens ist, daß der Richter nur auf kontradiktorische Verhandlung erkennt, was Rechtens ist. Wenn der Verklagte anwesend ist, so kann der Richter nach einmaliger Anhörung der Partheien die Klage als nichtig oder unbegründet oder angebrachter Maaßen oder wegen Inkompetenz abweisen und das Rechtsmittel gegen diesen Entscheid ist nicht die Beschwerde, sondern die Berufung. So ist für die Partheien nichts dabei verloren, wenn der Richter den Verklagten anhört, bevor er die Klage abweist und die Reinheit des richterlichen Amtes bleibt gewahrt.

Die formellen Erfordernisse einer Klage und Vorladung bedürfen keiner näheren Erörterung, da sie bekannt sind und daß ihre Erfüllung durch die Strafe der Nichtigkeit gesichert werden muß, folgt aus dem, was in der achten Abhandlung darüber gesagt ist.

---

# X.

## Vom unkontradiktorischen Verfahren.

Der Verklagte ist gültig geladen, erscheint aber nicht. Sein Ausbleiben ist ein freiwilliges und es fragt sich: wie ist dasselbe zu erklären und was soll die rechtliche Folge davon sein?

Die Gesetzgebung über das unkontradiktorische Verfahren und über das Rechtsmittel gegen die unkontradiktorische Verurtheilung ist mit großen Schwierigkeiten verbunden. Man kann sich hier auf keine Autorität, wie etwa die des römischen Rechts berufen, sondern die Frage kann nur aus der eigenthümlichen Gerichtsverfassung eines jeden Landes gelöst werden. Zum Beweise mag hier das ältere römische Recht dienen. Ohne die Gegenwart beider Partheien in jure konnte kein Richter bestellt und mit der Instruktion und Entscheidung des Prozesses beauftragt werden. Das Gesetz gab allerdings dem Kläger hinreichende Mittel, um seinen Gegner vor den Praetor zu führen. Um aber diese Mittel anwenden zu können, um sich des Verklagten mit Gewalt zu bemächtigen, mußte man ihn zuvor gefunden haben, und wenn er sich nicht finden ließ, so war keine rechtliche Möglichkeit da, ein Urtheil gegen ihn zu bekommen. Ein so genanntes Contumacial-Verfahren war den Römern unbekannt. Nicht um den Gläubiger zu seiner Befriedigung zu verhelfen, sondern bloß um den Schuldner zu zwingen, aus seinem Versteck hervorzukommen und das Judicium anzunehmen, gab der Praetor jenem die missio in possessionem bonorum, die am Ende zur bonorum venditio führte und deren Resultat war die Vertheilung des von dem bonorum emtor gezahlten Kaufpreises unter die Gläubiger nach Prozenten. Allerdings führte dies Verfahren eben dahin, wohin auch die Verurtheilung des Schuldners führte, nämlich zur Befriedigung der Gläubiger; aber zu seiner heutigen Anwendbarkeit fehlen nicht weniger als alle Voraussetzungen, auf denen es erbaut ist.

Also allein aus der gegenwärtigen Gerichts- und Prozeß-Ordnung, wie sie beabsichtigt wird, kann die Frage beantwortet werden.

Jeder Gesetzgeber kann und muß von der Voraussetzung ausgehen, daß der Verklagte die Vorladung erhalten hat, sein Ausbleiben also ein freiwilliges ist; denn sonst wäre keine Verurtheilung, überhaupt gar kein Urtheil möglich. Allerdings gewährt keine Art der schriftlichen Vorladung hierüber völlige Sicherheit; aber die übrig bleibenden Zweifel können nur zu einer Erleichterung in Einwendung des Rechtsmittels führen, welches dem Verklagten offen gelassen werden muß. Da die Bedingung einer jeden Verurtheilung die Wahrheit oder die Bewahrheitung des faktischen Klagegrundes ist, so tritt uns hier die Frage nach der Bedeutung des Ausbleibens entgegen. Die älteren Gesetzgebungen erklären dasselbe als ein Bestreiten, die meisten neueren als ein Zugestehen, es gilt entweder als **litis contestatio negativa** oder **affirmativa**. Dort muß der Kläger den Beweis übernehmen, hier ist der Beweis durch Eingeständniß bereits erbracht.

Das römische Recht unter den Kaisern, das kanonische Recht, die Reichsgesetze, die französische Ordonnanz von 1667 und deren neueste Umarbeitung in der bürgerlichen Prozeß-Ordnung nahmen das erste System an*); die letzte indeß nur für das Verfahren in den Tribunälen, wogegen den Friedensrichtern keine Vorschrift hierin gegeben, ihnen also freigelassen ist, wie sie das Ausbleiben erklären wollen, die sich denn auch sogleich auf die Seite der litis contestatio affirmativa gestellt haben. Die Handelsgerichte haben sich von der gerade für sie gegebenen Vorschrift des Art. 434 emancipirt und sie erkennen, wie die Friedensrichter. Die Kaufleute zeigen dadurch, was das Gesetz verordnen muß, damit es für den Handelsverkehr brauchbar sei. Die Genfer Prozeß-Ordnung, eine Nachbildung der französischen mit vielen und wesentlichen Verbesserungen, die österreichische, preußische und die neueren der übrigen deutschen Staaten nehmen das zweite System an, nach welchem also der Verklagte verurtheilt wird, wenn aus den in der Klage aufgestellten Thatsachen die Forderung des Klägers rechtlich folgt, dagegen freigesprochen, wenn die Forderung aus den Thatsachen nicht folgt.

---

*) Dies liegt in den Worten der Art. 150 und 434 „les conclusions de la partie seront adjugées, *si elles se trouvent justes et bien verifiées.* Der Kläger muß also zuvor Beweis führen.

Das erste entscheidende Moment ist die Größe der Gerichtsbezirke und die Art des Verfahrens. Wenn die Gerichte einen großen Bezirk umfassen, so daß das persönliche Erscheinen für die entfernt wohnenden Partheien sehr lästig ist, wenn sie überdies nicht selbst ihre Prozesse führen dürfen, sondern zu Bestellungen von Anwälten gezwungen sind, die der arme Mann nicht bezahlen kann, also mitunter nicht sehr bereitwillig findet, wenn endlich noch das prozessualische Verfahren so langwierig und künstlich ist, daß nur Rechtsgelehrte dasselbe verstehen und führen können, dann allerdings kann man sagen, unter solchen Umständen ist es gefährlich, das Ausbleiben des Verklagten als Zugeständniß der Klage zu erklären, da es möglicher Weise ein sehr unfreiwilliges gewesen sein kann. Aber alle diese Umstände sind in sich nicht gerechtfertigt und mit ihrem Wegfall fallen auch alle daraus abgeleiteten Folgen. Wenn die Bezirke der Gerichte nur so groß sind, daß jeder Rechtsuchende an einem Tage die Reise an das Gericht und die Rückreise machen kann, wenn der Zwang zur Bestellung eines Anwalts nicht über die wichtigsten Prozesse hinausgeht, wenn endlich das Verfahren so einfach ist, als mit der vollständigen Vertheidigung jeder Parthei gegen die andere und der Belehrung des Richters eben vereinbar ist, dann liegt wenigstens nichts gefährliches darin, das Ausbleiben des Verklagten als dessen Eingeständniß zu erklären.

Ferner ist das System der älteren Gesetzgebungen unpraktisch und in seiner Konsequenz unausführbar. Wenn einmal das Ausbleiben des Verklagten ein Abläugnen des faktischen Klagegrundes bedeuten soll, so muß auch Alles, was Thatsache ist, als geläugnet gelten. Der Schuldner, welcher auf Rückzahlung eines Darlehns eingeklagt wird, läugnet dann alles Thatsächliche, wenn er sagt: ich habe das Darlehn nicht empfangen und den Schuldschein nicht unterschrieben. Wenn man konsequent sein will, so muß sein Ausbleiben dieser Antwort auf die Klage gleich gelten und es müßte dem Kläger allemal der Beweis der Aechtheit aufgegeben werden. Das geschieht aber nicht; der Schuldschein wird für anerkannt erachtet und da er den Beweis des empfangenen Darlehns in sich enthält, so hat man zur einen Hälfte die litis contestatio affirmativa, zur andern die negativa. Wenn ein Verpächter auf Auflösung des Vertrages klagt, weil der Pächter keinen Zins bezahle, die Waldungen verwüste, die Aecker unbestellt liegen lasse und weder todtes noch lebendes Inventar eingebracht habe, so müßte dem Kläger der Beweis über alle diese Umstände aufgegeben werden, die den faktischen Grund seiner Klage bilden und

wegen des Ausbleibens des Verklagten als geläugnet gelten. Aber nein; das Eigenthum bedarf des gesetzlichen Schutzes und deßhalb wird es mit dem Prinzip nicht allzu genau genommen. In solchen und ähnlichen Fällen tritt die Praxis mildernd ein. Die Richter gehen von der Voraussetzung aus, daß das Gesetz keine Ungerechtigkeiten wolle, die aus der folgerechten Anwendung eines starren Prinzips entstehen können. Wenn sich ihr Rechtsgefühl gegen solche offenbar unbillige und ungerechte Folgen empört, so wird von dem Prinzip so viel nachgelassen, als erforderlich ist, um dessen Anwendung mit der Gerechtigkeit in Einklang zu bringen.

Man muß, wie gesagt, unter allen Umständen von der Voraussetzung ausgehen, daß der Verklagte die Ladung erhalten habe, daß also sein Ausbleiben eine freiwillige Handlung war. Der Kläger hat das Recht, ihn vor den Richter zu rufen, der die Gerichtsbarkeit über ihn hat und wenn er die gegen ihn behauptete Forderung nicht anerkennen will, so ist er verpflichtet, zu kommen und zu antworten. Der freiwillige Verzicht auf die Vertheidigung wird mit Recht als die Anerkennung der Wahrheit dessen, was in der Klage enthalten ist, angesehen und dies stimmt auch besser mit der Wirklichkeit überein, wie das andere System. Unter 100 Ausbleibenden erscheinen 90 darum nicht, weil sie gegen die Forderung nichts einzuwenden haben und ein Theil der übrigen darum nicht, um durch Rechtsmittel Zeit zu gewinnen, obgleich auch sie die Forderung als richtig anerkennen. Ein Gesetzgeber, welcher nach L. 3—6. D. de leg. seine Vorschriften auf das, was regelmäßig geschieht, nicht auf seltene Ausnahmen gründen will, muß ohne Bedenken das Ausbleiben des Verklagten als dessen Anerkenntniß des faktischen Klagegrundes erklären. Weiter bedeutet dies nichts. Es ist eine Verwirrung der Begriffe, wenn man hier von einer poena contumaciae redet; man kann nur sagen, das eine Verfahren ist kontradiktorisch, das andere unkontradiktorisch. Wenn der Richter einen Zeugen vorladet, so gibt er ihm den positiven Befehl zu erscheinen. Die Vorladung des Verklagten ist kein solcher Befehl, sie ist eine Einladung, denn der Richter gebietet nicht kategorisch, sondern stellt ihm frei, ob er kommen will, oder nicht. Noch weniger kann von einer contumacia die Rede sein, wenn der Kläger ohne Mitwirkung des Richters dem Verklagten die Ladung zuschickt. Wenn dieser ungehorsam, contumax wäre, so wäre er es nur gegen den Kläger, der aber noch weniger zu befehlen hat, als der Richter.

Sieht man endlich auf die Nützlichkeit, so verdient das System der neueren Gesetzgebungen unbedingt den Vorzug; denn in dem andern liegen die ergiebigsten Mittel und Wege zu Verzögerungen.

Eine sehr sinnreiche Erfindung der Verfasser der französischen Prozeß-Ordnung ist das Verbindungsurtheil, welches das Gericht von Amts wegen erlassen muß, wenn von mehren Verklagten einige erscheinen, andere ausbleiben. Art. 153. Ohne diese Vorschrift wäre das Urtheil gegen jene ein kontradiktorisches, gegen diese ein unkontradiktorisches. Gegen jenes ist die Berufung zuläßig, gegen dieses die Opposition. Der Prozeß wird aus einander gerissen, er durchläuft getrennt verschiedene Stadien, die Kosten häufen sich und am Ende kommen wohl widersprechende Urtheile heraus, die dem Kläger seine Forderung gegen einige Verklagte zuerkennen, gegen andere aberkennen. Das Verbindungs-Urtheil beseitigt die Gefahr, die aus der Trennung der Urtheile und deren Anfechtung mit verschiedenen neben einander hergehenden Rechtsmitteln entsteht. Es erkennt nämlich einstweilen nichts über die Sache selbst, weder gegen die erschienenen noch gegen die ausgebliebenen, sondern verordnet bloß eine zweite Vorladung derselben, worauf das Urtheil, das zwischen allen Partheien ergeht, als kontradiktorisches gilt und nur mit der Berufung angegriffen werden kann.

Indeß ist diese Erfindung noch einer Verbesserung fähig. Man muß hier unterscheiden zwischen Klagen über theilbare und untheilbare Gegenstände. Bei der zweiten Art muß das Verbindungsurtheil jedenfalls erlassen und dem Richter eine getrennte Entscheidung verboten werden; der Kläger kann nur auf die ganze Klage verzichten. Bei der ersten Art tritt diese Nothwendigkeit nicht ein, sondern man kann dem Kläger die Wahl frei lassen, ob er auf die Ladung gegen die Ausbleibenden verzichten oder Verbindungsurtheil haben will. Wer ein Darlehn von den beiden Erben seines Schuldners zurückfordert, hätte eben so gut von Anfang an nur den einen auf seinen Antheil einklagen können und er kann möglicher Weise ein großes Interesse daran haben, gegen diesen bald ein Urtheil zu bekommen, weil es ihm zweifelhaft ist, ob er nach dem Verbindungsurtheil noch zahlungsfähig sein wird. Was er sogleich bei Einleitung des Prozesses thun durfte, nämlich gegen seine Schuldner einzelne Klagen erheben, warum sollte es ihm später untersagt sein? Daher ist nichts bedenkliches dabei, wenn das Gesetz dem Kläger bei theilbaren Gegenständen den Verzicht auf die Ladung der Ausgebliebenen gestattet.

Das römische Recht, das kanonische und die Reichsgesetze geben kein besonderes Rechtsmittel gegen unkontradiktorische Erkenntnisse; der so verurtheilte Verklagte hat nur dieselben Rechtsmittel, die dem kontradiktorisch Verurtheilten offen stehen. Dies ist ganz folgerichtig. Denn wenn der Kläger gerade eben so mit dem Beweise belastet wird, als wenn der Verklagte erschienen wäre und geläugnet hätte, so ist für diesen in dem ganzen Verfahren nichts verloren, als die Einreden und der Gegenbeweis, auf welche er durch sein freiwilliges Ausbleiben verzichtet hat. Die französische Prozeß-Ordnung gestattet dem unkontradiktorisch verurtheilten Verklagten das Rechtsmittel der Opposition. Dies ist eine Inkonsequenz, die daher entstanden ist, daß man in der Wirklichkeit die Vorschrift des Gesetzes über die Folgen des Ausbleibens nicht einhält. Geschähe dies, so wäre dies Rechtsmittel aus dem so eben angegebenen Grunde unpassend. Nur das System der Prozeß-Ordnung, welches das Ausbleiben des Verklagten für Anerkenntniß des faktischen Klagegrundes erklärt, macht ein besondres Rechtsmittel für ihn nothwendig. Das Ausbleiben war ein freiwilliger Verzicht auf die Vertheidigung und das Rechtsmittel ist nichts weiter, als die Erklärung des Widerrufs dieses Verzichtes und die Provokation auf rechtliches Gehör. Darum kehren die Partheien zu dem nämlichen Richter zurück. Es heißt besser Opposition (nämlich gegen die Vollziehung des Urtheils) als Restitution, wie die preußische Gerichtsordnung es nennt. Denn so lange der Verklagte das Judicium noch annehmen kann und eine bloße Erklärung darüber genügt, ist noch gar nichts da, welches durch eine Restitution in den vorigen Stand wieder wegzuräumen wäre.

---

# XI.

## Von Beantwortung der Klage, den Fristen und Einreden.

Wenn die Partheien im Prozesse Herren ihrer Rechte bleiben sollen, wenn dem Verklagten eine freie und vollständige Vertheidigung gewährt werden soll, so muß es ganz seiner Willkühr überlassen sein, was er auf die Klage antworten will. Jede Verpflichtung zur Wahrhaftigkeit, jedes Erpressungsmittel der Wahrheit verletzt seine Freiheit und ist überdies völlig nutzlos. Das von Justinian statt des alten judicium calumniae in der L. 2. C. de jurejurando propter calumniam eingeführte juramentum calumniae wird frischweg von jedem Kalumnianten geschworen und die in der preußischen Prozeßordnung vorgeschriebenen Strafen wegen frevelhaften Läugnens sind längst in Vergessenheit begraben. Die natürliche Anforderung jeder Parthei auf eine freie Vertheidigung nach ihrem Ermessen hat bald über solche Erfindungen gesiegt, welche nur die Verzweiflung über Auffindung des rechten Weges bezeugen. Judicio contrahitur, die Partheien haben eben so wenig ein Recht auf Wahrheit, wie auf gegenseitige Begünstigung in ihrem Kriege.

Wenn die Forderung nicht anerkannt wird, so sind die Erklärungen der Partheien das erste Material, welches der Richter seiner Entscheidung zum Grunde legt. Da der Verklagte mit seiner Antwort die Abweisung des Klägers bezweckt, so kann dieselbe aus folgenden drei Bestandtheilen bestehen:

1. Abläugnen des faktischen Klagegrundes,
2. Bestreiten der rechtlichen Folgen daraus,
3. Einreden gegen das Klagerecht oder dessen gegenwärtige Ausübung.

Alle drei Bestandtheile sind oft mit einander verbunden und der Einreden können viele sein. Das Interesse des Klägers ist

immer, möglichst bald, das des Verklagten sehr häufig, möglichst spät ein Urtheil zu bekommen. Der Kläger drängt zur Eile, er will die Einreden des Verklagten beseitigen und entweder ein Urtheil über diese und die Klage selbst erhalten oder wenigstens bald zur Beweisführung gelangen. Der Verklagte hat oft, wie er sagt, viel Zeit nöthig zur Vorbereitung seiner Vertheidigung, er verlangt Fristen über Fristen und er hat Einreden aller Art in Bereitschaft, welche die Abweisung der Klage herbeiführen sollen, ohne daß er sich einstweilen in die Erörterung der Sache selbst einläßt. Hier ist die Aufgabe der Prozeßordnung, die widerstreitenden Interessen zu vermitteln und jeder Parthei in so weit Genüge zu thun, daß ihr Bedürfniß befriedigt und die Rechte des Gegners nicht verletzt werden. Dazu gibt es drei Mittel, deren das Verfahren im älteren römischen Recht nicht bedurfte, die aber gegenwärtig durch die Verhandlung in getrennten Zeiträumen unentbehrlich geworden sind.

Das erste Mittel besteht in der Bestimmtheit der Antwort des Verklagten. Seine Verbindlichkeit dazu unterliegt keinem Zweifel, es kommt nur auf die Maaßregeln an, mit denen die Erfüllung derselben gesichert wird. Die Prozesse werden entweder mündlich oder schriftlich instruirt (s. die folgende Abhandlung). Dort ist die Antwort mündlich und über die Punkte, über welche der Verklagte keine hinreichend deutliche Erklärung gibt, wird der Richter durch Fragen sich bessere Aufklärung verschaffen. Hier ist die Klagebeantwortung schriftlich. Die Reichsgesetzgebung (J. R. A. §. 37) verlangt vom Verklagten, daß er „kurz, nervose und deutlich, auch unterschiedlich und klar, ob und worin das Faktum anders als vom Kläger vorgebracht und wie es sich eigentlich verhalte, specifice und auf jeden Punkt mit all seinen Umständen anzeige." Die Anwälte in Deutschland thun dies aber häufig nicht und manche Klagebeantwortung ist in einer barbarischen Sprache so weitschweifig abgefaßt, daß der Leser nicht weiß, was der Verfasser zugestehen, was er abläugnen wollte. Wenn der Richter auf mündliches Befragen keine deutliche Antwort herausbringen kann, so sieht er wohl, daß der Verklagte nicht antworten will. Dem Anwalt als Verfasser der schriftlichen Antwort steht niemals eine Entschuldigung zur Seite. Er weiß, was das Gesetz will und wenn er dessen Anforderung unerfüllt läßt, so geschieht dies darum, weil er nicht klar und deutlich antworten wollte. Dies ist die theilweise Verweigernng einer Antwort, wie das gänzliche Ausbleiben eine völlige Verweigerung war. So weit der Verzicht auf die Vertheidigung geht, so weit geht das

Eingeständniß des Verklagten. Die Punkte daher, welche er in seiner Antwort übergangen hat (und eine dunkle oder unverständliche Erklärung gilt der Verweigerung gleich) werden gegen ihn als zugestanden angenommen. Dies ist die unmittelbare Folge des Prinzips, das in der vorigen Abhandlung ausgeführt ist und sicher die wirksamste Maaßregel, um den Verklagten zu einer bestimmten Antwort zu nöthigen. Wissen die Anwälte einmal, daß die Folge ihrer Dunkelheiten und Unbestimmtheiten auf die Partheien und dadurch möglicher Weise mittelbar auf sie selbst zurückfallen, so werden sie sich in Schriften und Reden bald an Bestimmtheit und Genauigkeit gewöhnen, was für sie eben so vortheilhaft ist wie für die Richter. Die Menge der Worte macht keinen gerichtlichen Redner, sondern die Klarheit der Gedanken und die Schönheit der Rede.

Das zweite Mittel besteht in Bestimmung der Fristen, die für jede Gattung von Klagen vorgeschrieben sein muß. Bei den zur mündlichen Instruktion bestimmten wird in dem System der Friedensgerichte für die erste Instanz der Verklagte in eine Sitzung vorgeladen und das Gesetz wird sagen, welche Frist vom Tage der Ladung bis zum Tage des Erscheinens ihm frei gelassen werden muß. Bei der schriftlichen Instruktiou, welche wie im deutschen Prozeß durch Anwälte erfolgt, muß der Verklagte seine Klagebeantwortung binnen der gesetzlichen Frist dem Kläger mittheilen. Jede Frist ist für beide Theile gegeben und deren Einhaltung für beide ein erworbenes Recht. Wenn der Verklagte am bestimmten Tage nicht erscheint oder sich nicht vertheidigt, wenn er bei der schriftlichen Instruktion bis zum letzten Tage der Frist keinen Anwalt bestellt oder dieser keine Antwort mitgetheilt hat, dann fordert der Kläger unkontradiktorisches Urtheil. Eben so ist für jede fernere prozessualische Handlung eine bestimmte Frist vorgeschrieben, deren Beginn in der Gewalt jeder Parthei liegt und an welche der Gegner gebunden ist. Das bindende bei allen für die fernere Instruktion gegebenen Fristen liegt in den Folgen des Ablaufs, welche, analog dem Verzicht auf gänzliche Vertheidigung beim Ausbleiben, in dem Verzicht auf fernere Vertheidigung bestehen, worin aber nicht der Verzicht auf die bisherige Vertheidigung eingeschlossen ist. Indeß ist das Recht der Parthei, welche durch einen prozessualischen Akt eine Frist laufen gemacht hat, kein absolutes. Der Richter ist auf Verlangen des Gegners und nach Anhörung jener Parthei eine Verlängerung zu bewilligen ermächtigt. Das Gesetz thut genug, wenn es den Partheien die Mittel in die Hand gibt, um den bösen Willen des

Gegners überwinden zu können. Sie können nach ihrem Belieben davon Gebrauch machen oder auch nicht, denn sie bleiben im Prozesse Herren ihrer Rechte. Wenn dies System in der Prozeß-Ordnung durchgeführt wird, wenn also jede Parthei in ihrer Gewalt hat, eine gesetzliche Frist laufen zu machen, wenn deren Ablauf den Verlust des Rechts der weiteren Vertheidigung nach sich zieht, wenn der Richter auf diesen Verlust erkennen muß, dann können Verzögerungen nur durch den freien Willen der Partheien oder die Schuld der Anwälte eintreten; die Schuld des Gesetzes wird es ferner nicht sein.

Das dritte Mittel besteht in der Ordnung der Einreden. Vom Verklagten können viele Einreden eingewendet werden, deren jede die Abweisung der Klage bewirken kann. Wenn er dieselben in der von ihm beliebten Reihenfolge einwenden darf und über jede ein Urtheil verlangen kann, ehe er sich auf die Klage selbst einläßt, so ist ihm damit die Möglichkeit gegeben, den Prozeß nach Gefallen in die Länge zu ziehen. Diesen Grund zur Verewigung der Prozesse hat das genannte Reichsgesetz durch die Vorschrift beseitigt, daß der Verklagte zugleich (nämlich bei Beantwortung der Klage) Alles, was er dabei dilatorie oder peremtorie einzuwenden haben möchte, auf einmal bei Strafe der Präclusion einbringen solle. Dies ist die sogenannte Eventual-Maxime des deutschen Prozesses, welche von allen Rechtslehrern als eine sehr weise Vorschrift gerühmt wird. Ich sehe keine große Weisheit in einer Vorschrift, die auf einer Inkonsequenz beruht und zu Härten führen kann. Nicht die Einrede allein, sondern das Recht selbst geht verloren, was mit dem Prinzip, die gänzliche oder theilweise Verweigerung der Antwort als litis contestatio negativa zu erklären, schlecht übereinstimmt. Wenn ein Verklagter die Einrede des Vergleichs (etwa wegen der Stempelstrafe) nicht einwendet, weil er mit anderen die Abweisung der Klage zu erwirken hofft und er sich hierin täuscht und nun in erster oder zweiter Instanz diese Einrede geltend macht, so wird der Richter am Ende materielles Unrecht erkennen müssen und das mit dem vollen Bewußtsein des Unrechts, wenn er den Vergleich vor sich hat, den er aber wegen Präclusion nicht mehr berücksichtigen darf. Ein viel besseres System ist in der französischen Prozeßordnung enthalten, das auch die Genfer mit geringen Aenderungen angenommen hat. Dort werden die Einreden in drei Klassen eingetheilt und jeder Klasse Ort und Reihenfolge angewiesen, welche sie einhalten sollen. Zur ersten Klasse gehören die Einreden der Kaution wegen der Kosten, die der Inkompetenz

(ratione personae) und die der Richtigkeit. Diese müssen bei Strafe des Verlustes vor jeder andern Erklärung eingewendet werden. Die zweite Klasse besteht aus den dilatorischen Einreden, welche, wie der Name andeutet, nicht gegen das Recht selbst des Klägers angehen, sondern nur Zeitgewinn beabsichtigen. Diese müssen bei Strafe des Verlustes zugleich vor Beantwortung der Klage eingewendet werden. Art. 166 ff. Diese Reihefolge ist nicht willkührlich gewählt, sondern durch die Natur dieser Einreden geboten. Denn wie kann das Gesetz vernünftiger Weise eine lange Prozedur auf die Gefahr hin gestatten, daß sich am Ende finden sollte, der Verklagte gehöre gar nicht unter dies Gericht oder die erste Ladung leide an einem wesentlichen Fehler, so daß sie und alles, was folgte, vernichtet werden müßte? Aus gleichen Gründen der Zweckmäßigkeit muß der Verklagte, welcher die Einlassung auf den Prozeß glaubt hinausschieben zu dürfen, dies am Anfang sagen, nicht am Schluß, wenn der Kläger das ganze Verfahren durchgemacht hat und nun das Urtheil erwartet. Zur dritten Klasse gehören die peremtorischen Einreden, die in jeder Lage des Prozesses, auch noch in zweiter Instanz eingewendet werden können, an keine Frist gebunden sind und nur durch das Endurtheil verloren gehen. Auch diese Ansicht des Gesetzgebers ist vollkommen richtig. Denn diese Einreden betreffen nicht mehr das prozessualische Verfahren, sondern gehen direkt gegen den rechtlichen Grund, aus welchem der Kläger seine Forderung ableitet; sie sind daher nicht aus der Prozeßordnung, sondern dem bürgerlichen Gesetzbuch entlehnt. Da sie das Recht selbst angreifen, so gehören sie zu den materiellen Vertheidigungsmitteln des Verklagten, die er auswählen und ordnen kann, wie er es seinem Interesse angemessen findet.

Eine andere Frage, wie die wegen der Ordnung des Einbringens, ist die wegen der Ordnung, in welcher die Einreden dem richterlichen Urtheil unterworfen werden. Hierüber lassen sich keine Vorschriften geben, da dies von der Beschaffenheit jeder Sache abhängt. Die Erklärungen der Partheien und das Ermessen des Richters werden darüber entscheiden, ob und welche Einreden zugleich mit der Klage oder abgesondert erörtert und entschieden werden sollen.

## XII.

## Vom mündlichen und schriftlichen Verfahren.

Wenn in Rom der Praetor nicht sogleich zwischen den gegenwärtigen Partheien entscheiden konnte, weil entweder die Klage oder die Einrede einer näheren Untersuchung bedurfte, so beauftragte er den von jenen erwählten oder von ihm ernannten Richter mit dieser Untersuchung und mit der Entscheidung nach Inhalt der Formel: si paret, condemna — si non paret, absolve. Das Verfahren vor dem Richter war ganz mündlich und selbst die Aechtheit der Urkunden, welche man damals authentische nennen konnte, mußte durch mündliches Zeugniß der Verfasser und der anwesenden Zeugen bewiesen werden. Auch noch im Justinianischen Recht wurde der ganze Prozeß mündlich vor versammeltem Gericht instruirt und nur eine Aufzeichnung des Verhandelten hatte sich als nothwendig ergeben, weil die Richter bei der Länge der Fristen und dem Zerreißen des Prozesses in einzelne Verhandlungen unmöglich deren Inhalt im Gedächtniß behalten konnten. Der libellus conventionis war eine schriftliche Anmeldung der Klage, die im ersten Termin vom Kläger näher begründet wurde und worauf der Verklagte antwortete, das Verhör der Zeugen erfolgte mündlich, ihre Aussagen wurden aber aufgeschrieben, die Zwischen- und Endurtheile wurden schriftlich abgefaßt und den Partheien im Publikationstermin verkündet. Im älteren wie im neueren römischen Recht wurde kein Unterschied zwischen großen und kleinen Prozessen gemacht, sondern alle wurden in gleicher Weise behandelt. Die Mündlichkeit der Instruktion, wenngleich zur Hülfe des Gedächtnisses mit schriftlichen Aufzeichnungen begleitet, bot keine Veranlassung zur Eintheilung der Prozesse nach ihrer Wichtigkeit und zu einer verschiedenartigen Behandlung derselben dar. Wenn der Richter über kleine persönliche Klagen sogleich nach Anhörung des Verklagten entschied, so unterblieb die Aufbewahrung des Verhandelten in

Schriften nicht darum, weil hier eine andere Prozeßart eintrat, sondern weil nichts im Gedächtniß des Richters zu behalten war.

So wie man aber das Prinzip der Mündlichkeit verläßt und zur schriftlichen Instruktion des Prozesses übergeht, so bildet der Inhalt des Geschriebenen das Material, aus dem der Richter seine Kenntniß von den Behauptungen der Partheien und seine Ueberzeugung von deren Bewahrheitung schöpft. Alsdann macht sich die Nothwendigkeit einer verschiedenartigen Behandlung geltend, wobei die Beschaffenheit der Sache den Eintheilungsgrund angibt. Die Mühseligkeit des Schreibens, die Schwerfälligkeit des Prozeßganges und der Aufwand an Zeit und Kosten steht bei der großen Mehrzahl der Prozesse in keinem Verhältniß zur Unbedeutenheit des Gegenstandes, zu der Leichtigkeit und Sicherheit der Entscheidung und zu dem Bedürfniß einer baldigen Entscheidung. Dies ist der innere Grund zur Eintheilung der Prozesse in ordentliche und summarische, welche durch das kanonische Recht eingeführt ist. Denn wenn auch die Begriffe: de plano ac sine strepitu et figura judicii procedere schon aus den römischen Gesetzen bekannt waren; so haben doch zuerst die Päpste ihre Kommissarien beauftragt, in dieser Art zu verfahren und zu entscheiden, die Vorschrift des kanonischen Rechts ging dann in die Reichsgesetzgebung über, welche indeß keine besondre Verfahrungsart vorschrieb, sondern an dem Prinzip der Schriftlichkeit festhielt. Erst die Partikulargesetzgebung ist weiter gegangen und hat ihre Absicht durch eine Rückkehr zum mündlichen Verfahren — mehr oder weniger — zu erreichen versucht.

Wir haben nicht die Wahl zwischen dem mündlichen und schriftlichen Verfahren. Jenes ist theoretisch unmöglich, weil die Klage und Vorladung schon der Beginn eines schriftlichen Verfahrens ist; dieses ist praktisch unmöglich, weil es unbrauchbar ist. Die Aufgabe ist, beide Arten mit einander zu verbinden und es fragt sich, wie dies am zweckmäßigsten zu machen sei?

Die ganze Instruktion ist nur Mittel und hat nur Werth für die endliche Entscheidung. Gerechtigkeit ist das erste Erforderniß an sie, das zweite: Gerechtigkeit so bald wie möglich. Das Mögliche ist aber wieder an die Bedingung gebunden, daß die Partheien Zeit und Gelegenheit haben, ihre volle Vertheidigung dem Richter vorzulegen. Unter der Bedingung, daß ihnen diese gewährt wird, muß das Urtheil so bald wie möglich erfolgen. Der Gesetzgeber hat hier die Mitte zwischen zwei Abwegen zu halten. Der erste besteht in der übertriebenen Eile, welche den Partheien die vollständige Vertheidigung beschränkt und die

Schnelligkeit mit der Gefahr ungerechter Entscheidungen erkauft. Der zweite besteht in zu großer Weitläufigkeit der Instruktion, welche durch Verlust einer großen Zeit oft alle Wohlthaten einer wirklichen Gerechtigkeit vereitelt. Die Prozesse werden nicht umsonst geführt und Zeitgewinn ist Geldgewinn, Zeitverlust Geldverlust.

Die Partheien belehren den Richter über das Thatsächliche, der Richter die Partheien über das Recht. Der unmittelbare Verkehr zwischen ihnen, das heißt die persönliche Gegenwart der Partheien (oder ihrer Anwälte) vor dem Richter ist die leichteste, schnellste und sicherste Methode der Belehrung, das heißt der Instruktion. Mit der Gegenwart der Partheien vor dem untersuchenden und erkennenden Richter ist auch das mündliche Verfahren gegeben, dem hiermit der Vorzug entschieden gesichert ist.

Was bei aller Mündlichkeit des Verfahrens nothwendig in Schriften aufbewahrt werden muß, ist der Anfang und das Ende des Prozesses, die Klage und das Urtheil, jene als bindende Grundlage, dieses als neuer vollziehbarer Titel für die Forderung. Alles was dazwischen liegt, kann mündlich verhandelt werden und das mündliche Verfahren muß vermöge seiner inneren Vorzüge bis an die Gränze gehen, wo die Nothwendigkeit einer schriftlichen Instruktion sich geltend macht. Dies führt uns auf die nähere Bestimmung des Begriffs des schriftlichen Verfahrens.

Dasselbe hat keinesweges die Bedeutung, daß die ganze zwischen der Klage und dem Urtheil liegende Verhandlung in Schriften geschehen müsse. Der nnmittelbare Verkehr zwischen Richter und Partheien ist unter allen Umständen festzuhalten und mit der schriftlichen Instruktion zu verbinden. Er besteht in der mündlichen Rede an den Richter, welche begreiflicher Weise dem Geschriebenen folgen und das Verfahren beschließen muß. Was geschrieben wird, hat einen doppelten Zweck, zuerst für die Partheien, dann für den Richter. Da Alles offen und ehrlich im Prozesse hergehen soll, so muß jede Parthei von dem Verlangen, den Behauptungen, Angriffs- und Vertheidigungsmitteln des Gegners unterrichtet sein und sich auf deren Beantwortung vorbereiten können, ehe beide vor den Richter treten. Dieser aber ersieht aus den Schriften, über welche Umstände die Partheien einig und über welche sie uneinig sind, was also die Aufgabe seiner Entscheidung ist. Durch solche Schriften wird der Prozeß gebunden, ndem die Partheien ihre Geständnisse nicht beliebig wiederrufen können.

Muß in einem Theile des Prozesses geschrieben werden, so fragt sich weiter: Wer schreibt am besten? Natürlichen Rechtens scheint zu sein, den Partheien auch hierin alle Freiheit zu lassen und ihnen anheim zu geben, ob sie ihre Prozeßschriften selbst oder durch einen beliebigen Beauftragten anfertigen wollen. Indeß ist die Instruktion eines Prozesses ein Kunstwerk, das sachverständige Hände erfordert und es ist eine bekannte Erfahrung, daß die Partheien dazu völlig unfähig sind, mit so seltenen Ausnahmen, daß diese nicht in Berücksichtigung kommen können. Man hat daher nur die Wahl zwischen Richtern und Anwälten; jene schreiben Protokolle, diese verfertigen Denkschriften. Beide Systeme finden sich in Deutschland. Wenn ein Richter der Instruent eines Prozesses ist, so erscheinen darum noch nicht die Partheien in Person, sondern sie beauftragen häufig einen Anwalt, was in wichtigen Angelegenheiten sogar die Regel ist. Die Anwälte erscheinen vor dem Richter, welcher der Verfasser des Protokolls ist, das er über ihre gegenseitigen Erklärungen aufschreibt. Als Verfasser ist er Herr des Prozesses, nicht mehr die Parthei. Denn er gibt der Erklärung die Form und den Ausdruck, er übergeht, was ihm unwichtig scheint, wenn es auch sehr wichtig wäre, er schreibt auf, was ihm wichtig scheint, wenn es auch sehr überflüssig wäre. Indem er die Erklärung einer Parthei aufschreibt, besorgt er ihre Angelegenheit und doch ist er nicht ihr Beauftragter und hat keine Verantwortung gegen sie; er thut, was er will, um zu zeigen, daß er etwas mehr wie bloße Schreibmaschine ist, daß er auch etwas davon versteht und hier zu befehlen hat. Die schriftliche Instruktion durch einen Gerichtsdeputirten ist eine verkehrte und des Richters unwürdige Einrichtung und dabei eine ganz unnütze Arbeitsvermehrung. Denn der Anwalt muß eben so wohl von seiner Parthei Information einziehen und das Angriffs- oder Vertheidigungssystem überdenken, als wenn er darüber eine Denkschrift ausarbeitete. Er versteht und besorgt die Interessen seiner Parthei besser, wie der Richter und ist sehr oft der viel fähigere, der doch der Leitung des weniger fähigen sich unterwerfen muß. So arbeiten zwei Rechtsgelehrte an einem Geschäft, zu dem der eine allein genügt und das er überdies viel besser ausrichten würde, wie der Richter. Was an der Instruktion des Prozesses schriftlich ist, das muß die Aufgabe der Anwälte sein und daraus folgt, daß in dieser Art Prozesse die Partheien nicht selber handeln können, sondern jede zur Bestellung eines Anwalts verbunden ist. Wer dies nicht thut, gegen den wird unkontradiktorisch verfahren, eben so wie gegen den, dessen Anwalt die Instruktion nicht fortsetzt.

Wenn man ein objektives Prinzip der Eintheilung der Prozesse in ordentliche und summarische oder des Verfahrens in das schriftliche und mündliche (in dem oben angegebenen Sinne der vorherrschenden Mündlichkeit) haben will, so muß sie auf der Eintheilung der Klagen beruhen. Sie sind entweder dingliche oder persönliche oder dinglich-persönliche, welche Eintheilung nur eine prozessualische Bedeutung hat. Unter den dinglichen sind hier nur die unbeweglichen gemeint. Denn Grundstücke haben als ein in sichtbare Gränzen eingeschlossener Theil der Erde eine feste Stelle und gleichsam einen unabänderlichen Wohnort, dem der jedesmalige Eigenthümer folgt. Bewegliche Gegenstände haben keinen Ort für sich, den sie einnehmen, sondern wechseln ihren Wohnort mit dem Eigenthümer, daher sie nur in dessen persönlichem Gerichtsstande verfolgt werden können. Deshalb müssen die dinglich-beweglichen Klagen prozessualisch den persönlichen gleichgestellt werden. Die Klagen, welche beiden Arten zugleich angehören, sind die Dinglich-persönlichen, die man darum auch gemischte nennen kann. Es besteht zwischen beiden Partheien ein obligatorisches Verhältniß, das aber seinen Grund in der Person des Gläubigers im Besitz oder Eigenthum eines Grundstücks hat, in der Person des Schuldners in einer Handlung oder einem Ereigniß, das ihn verbindlich macht. Wer ein fremdes Grundstück widerrechtlich benutzt oder beschädigt, der macht sich verantwortlich; aber den Ersatz des Schadens kann nur der fordern, welcher Eigenthümer ist oder dem dieser das Recht der Benutzung übertragen hat, wie Nutznießer oder Pächter. Darin besteht der Charakter aller gemischten Klagen, daß entweder aus dinglichen Rechten persönliche Forderungen geltend gemacht werden oder aus Verträgen ein Recht gefordert wird, das im Eigenthum enthalten ist. Für sämmtliche dingliche Klagen nun muß die Prozeßordnung eine schriftliche Instruktion vorschreiben. Sie bedürfen derselben in der Regel und mit seltenen Ausnahmen wegen ihrer Wichtigkeit und Schwierigkeit. Alle Partheien legen auf ihr unbewegliches Vermögen mehr Gewicht wie auf ihr bewegliches, vertheidigen jenes mit allen Kräften und verschmerzen dessen Verlust viel langsamer, als den des zweiten. Der Kläger muß sorgfältig untersuchen, wie er seine Klage erhebe, der Verklagte, wie er darauf antworte und beide Partheien müssen ihre Urkunden und andere Beweise oft mit Mühe und Kosten herbeischaffen und deren Inhalt einer genauen Prüfung unterwerfen. Für beide besteht daher das gleiche Bedürfniß längerer Fristen und der vorgängigen schriftlichen Mittheilung der Angriffs- und Vertheidigungsmittel. Dagegen erlaubt die unendliche Mannig-

faltigkeit der persönlichen und der dinglich-persönlichen Klagen nicht, einen Eintheilungsgrund aus ihrer allgemeinen Natur zu entlehnen. Da es indeß sehr gewiß ist, daß manche derselben eben so sehr, wie irgend eine dingliche, eine schriftliche Instruktion erfordern, so muß hier die Beschaffenheit jeder einzelnen Sache entscheiden. Die Partheien haben zuerst das Recht, im beiderseitigen Einverständniß zu bestimmen, wie sie ihren Prozeß instruirt haben wollen. Sie werden in ihrer Wahl durch ihr eigenes hier übereinstimmendes Interesse geleitet werden und es ist kein rechtlicher Grund da, um den Richter zu ermächtigen, ihren übereinstimmenden Willen, also ihren Vertrag zu brechen und das mündliche Verfahren vorzuschreiben, das ihnen hier nicht genügt. Wenn dagegen der Kläger noch vor Einleitung der Klage das schriftliche Verfahren verlangt, so ist noch kein Vertrag da und der Richter wird über das Verlangen nach seinem Ermessen entscheiden. Eben so, wenn eine Parthei die schriftliche Instruktion im ersten Termin verlangt.

Wenn die mündliche oder schriftliche Instruktion der persönlichen und gemischten Klagen von dem Belieben der Partheien und auf einseitiges Verlangen von dem Ermessen des Richters abhängt, so wird bei den verschiedenen Gerichten ein ungleiches Verhältniß zur Gesammtzahl der Prozesse sich ergeben. Und das ist auch ganz gut. Die Objekte mögen in ihrer Gattung oder Art alle gleich sein; aber die Menschen sind es nicht, welche sie zu behandeln haben. Ein Richter faßt den Streitpunkt auf mündliche Rede sogleich richtig auf; ein anderer bedarf einer gründlichen Ueberlegung daheim und wird auf sorgfältiges Durchlesen der Akten besser entscheiden. Eben so ist ein Anwalt fähig, die verwickeltsten Verhältnisse in mündlicher Rede klar darzulegen; ein anderer kann den Leitfaden einer schriftlichen Aufzeichnung nicht entbehren oder hält es auch für die Vertheidigung seiner Parthei nützlicher, wenn dem Richter die Darstellung des Faktischen in Schriften gegeben wird. Die geistigen Fähigkeiten des Richters und der Anwälte werden wohl am meisten bestimmend sein und so mögen die Partheien nach diesen Rücksichten ihr Wahlrecht ausüben.

In Frankreich gehören persönliche Klagen bis zu 200 Fr. vor die Friedensgerichte *), größere vor die Tribunale erster Instanz. Für das Verfahren vor denselben ist der ordentliche Prozeß die Regel, der summarische die Ausnahme und dieser tritt ein bei

---

*) Gesetz vom 25. Mai 1838.

allen persönlichen Klagen, wenn sie sich auf einen unbestrittenen Titel gründen, bei Klagen ohne Titel oder mit bestrittenem Titel bis zur Summe von 1000 Fr. Dies ist die willkührlichste Durchschneidung ohne alles Prinzip. Denn eine Schuldklage über 200 Fr. unterscheidet sich von der über 201 Fr. in gar nichts und troß dem tritt ein ganz verschiedenes Verfahren für die eine und die andere ein. Wer einen Schuldschein über 200 Fr. hat, der schickt seinem Schuldner eine Ladung an das Friedensgericht, dessen Urtheil provisorisch vollziehbar troß Berufung ist. Wer aber 201 Fr. zu fordern hat, der muß seinen Schuldner zuerst zum Versuch des Vergleichs vor den Friedensrichter laden, dann unter Bestellung eines Anwalts vor das Tribunal; dort bestellt auch der Verklagte seinen Anwalt und nun verhandeln sie kontradiktorisch in einer Sitzung, worauf das Urtheil ergeht. Eben so wenig unterscheidet sich eine Forderung von 1000 Fr. von der über 1001 Fr. und troß dem wird die Klage wegen der zweiten durch Denkschriften instruirt. Wozu in so einfachen Sachen so viel schriftliches und mündliches Gerede, so viel Weitläuftigkeiten und Kosten? Aber nun sehe man weiter, welche Inkonsequenzen, man kann fast sagen Ungereimtheiten aus solchen willkührlichen Eintheilungen entstehen. Gegen das sogleich in der ersten Sitzung ergehende Urtheil über eine Klage wegen 1000 Fr. findet keine Berufung Statt. Betrug aber die Forderung 1001 Fr., so wird der Prozeß mit allen Denkschriften und Förmlichkeiten des ordentlichen Verfahrens instruirt und den Partheien steht noch die Berufung offen. Dort die größte Eile ohne eine Hülfe gegen Uebereilung; hier die größte Langsamkeit und überdies noch ein Rechtsmittel. Die Größe oder Kleinheit der Forderung gibt keinen Maaßstab zum Urtheil über die Schwierigkeit der Entscheidung und über die darauf beruhende Anordnung längerer Fristen und größerer Förmlichkeiten. Im Gegentheil kommen oft in den kleinsten Prozessen die verwickeltsten faktischen Verhältnisse und die zweifelhaftesten Rechtsfragen vor, wie jeder Richter bestätigen wird, der jemals über Besitzstörungen und über Klagen der jüdischen Viehhändler gegen einfältige Bauern zu erkennen hatte. Ueberdies müssen größere Forderungen aus Verträgen durch Urkunden bewiesen werden. Da nun die Entscheidung auf den Grund von Urkunden viel leichter und sicherer ist, als die auf Zeugen und den Schluß aus Umständen, so haben die Friedensrichter oft eine schwierigere Aufgabe, als die Tribunale.

Die Genfer Prozeßordnung hat die technischen Worte: ordentlicher und summarischer Prozeß aus ihren Vorschriften verbannt,

die Eintheilung aber in der Wirklichkeit beibehalten und nur den Grundsatz der französischen umgekehrt. Das mündliche Verfahren ist die Regel, das schriftliche die Ausnahme und eben dies ist der umgekehrte Unterschied zwischen ordentlichem und summarischem. Die Partheien erscheinen vor dem Tribunal entweder persönlich oder durch Anwälte und auf die mündliche Verhandlung erfolgt das Urtheil. Dasselbe kann indeß nach seinem Ermessen (nicht nach dem Willen der Partheien) eine schriftliche Instruktion (instruction préalable) anordnen und dann ist jede Parthei zur Bestellung eines Anwalts verbunden. Das Tribunal ist ermächtigt, aber nicht verpflichtet, das Stillschweigen einer Parthei oder eine ausweichende Antwort als Geständniß anzunehmen. Nach dem Schluß der schriftlichen Instruktion wird eine Sitzung zur mündlichen Verhandlung anberaumt. Art. 59. 63. 71 ff. Obgleich diese Prozeßordnung von dem feinen Urtheil und der praktischen Durchdringung des Prozeßwesens für ihre Verfasser zeugt, so kann sie doch nicht als Muster zur Nachahmung empfohlen werden. Ihre Umkehrung des französischen Prinzips über die Eintheilung der Prozesse in ordentliche und summarische mag immerhin mit der Wirklichkeit besser übereinstimmen; auf der andern Seite aber ist das richterliche Ermessen auf Kosten der Freiheit und der Rechte der Partheien viel zu weit ausgedehnt. Diese haben nichts darüber zu bestimmen, wie sie ihre Streitsache instruirt haben wollen und erwerben keine Rechte aus der Verweigerung aller Antwort oder einer vollständigen. Was sie an Rechten erwerben sollen, wird ihnen der Richter jedes Mal nach seinem Belieben zumessen, heute viel, morgen wenig, ein ander Mal gar nichts. Das Gesetz soll immer res surda et inexorabilis (nach Livius) sein und dem Richter nicht erlauben, die Person zuvor anzusehen, ehe er derselben ihr Recht zumißt. Im formellen Theil der Gesetzgebung ist die richterliche Billigkeit oft die Quelle der größten Unbilligkeiten und die Partheien empfangen das Maaß ihrer Rechte von der Persönlichkeit, zuweilen von den Launen des Richters. Ueberhaupt ist das System der Richter-Kollegien mit persönlicher Erscheinung der Partheien, mündlicher Verhandlung und ohne Anwaltszwang nur für sehr kleine Gerichtsbezirke ausführbar und erfordert dennoch eine große Vermehrung der Arbeitskräfte. Der Kanton Genf hat auf eine Bevölkerung von etwa 60,000 Menschen 23 wirkliche und 9 Ergänzungsrichter, also einen Richter auf 1880 Einwohner, was ein außerordentlich großes Richterpersonal ausmacht. Freilich scheint die Prozeßlust dort auch sehr groß zu sein. Denn die statistischen Tabellen wei-

sen nach, daß die Zahl der anhängig gemachten Klagen in manchen Jahren auf 1300 vor dem Tribunal und auf 3000 vor sämmtlichen Gerichten sich belief. Dies ergibt einen Prozeß auf je 40 Einwohner.

Die mündliche Instruktion gibt ein neues Argument für die Vorzüge der Einzelrichter vor Richter-Kollegien. Wenn ein Richter die Gerichtsbarkeit über Alles in seinem Bezirk hat, so ist er allen Partheien räumlich nahe und jeder kann selbst vor ihm seine Rechte vertheidigen und auf dem kürzesten und wohlfeilsten Wege ein Urtheil bekommen. Wer am persönlichen Erscheinen verhindert ist, wer Geld genug hat, um einen Bevollmächtigten zu bezahlen, wer sich selbst für unfähig oder seine Angelegenheit zu wichtig hält und darum deren Vertheidigung besseren Händen anvertrauen will, der wird nicht gezwungen, persönlich an's Gericht zu gehen. Aber die Möglichkeit muß ihm wenigstens frei gelassen bleiben und es ist eine Ungerechtigkeit, eine Parthei, welche sich selbst vertheidigen will und kann, in ihren einfachsten Rechtsangelegenheiten unnöthiger Weise zur Wahl und Bezahlung eines Vertreters zu zwingen. Man denke nicht, daß die Partheien auch vor Richter-Kollegien erscheinen könnten, indem der Präsident dieselben befragt und die beisitzenden Richter zuhören. Das geht wohl im Kanton Genf, aber nicht in größeren Staaten. So wie man Richter-Kollegien errichtet, müssen die Bezirke in dem Verhältniß der Zahl der Richter, die man zur Bildung eines Gerichts für erforderlich erachtet, vergrößert werden. Mit jeder Quadratmeile steigt die Schwierigkeit der eigenen Prozeßführung der Partheien, das heißt des unmittelbaren Verkehrs zwischen Richter und Partheien. Jede Vertretung ist eine Vermittelung dieses Verkehrs und jede Vermittelung verursacht Schreibereien. Wo sie einmal unentbehrlich ist, da muß sie wenigstens auf einen Grad beschränkt bleiben und dies ist die durch die Anwälte, welche in unmittelbarem Verkehr mit dem Richter stehen. Im deutschen Prozeß hat man zwei Grade der Vermittelung, im preußischen sogar drei, bis das Wort und der Wille der Parthei zum erkennenden Richter gelangt. Denn nach geschlossener schriftlicher Instruktion wird ein Referent ernannt, welcher dem Kollegium einen schriftlichen Bericht aus den Akten erstattet, die sonst keiner liest und dieser Bericht ist das Material, aus welchem jeder Richter seine Meinung schöpft und abstimmt. Drei Vermittelungen sind auch drei Uebersetzungen. Das Original ist das Wort und der Wille der Parthei. Die erste Uebersetzung, welche der Anwalt macht, wird in die Sprache des Gerichtsdeputirten umübersetzt und

nun folgt zum dritten die Ueber-Umübersetzung des Referenten. Denn auch er wählt aus dem, was der Deputirte verfaßt hat einiges aus und übergeht anderes, er gibt dem, was er vom Deputirten hört, seine Gestalt und seinen Ausdruck, er erzählt und ordnet die Thatsachen so, wie sie an einander gereiht werden müssen, damit sie sein Votum rechtfertigen. Als dritter Vermittler redet er im Namen der Partheien, er besorgt also für sie ein Geschäft, das sie lieber und besser selbst thäten und doch haben sie nicht die mindeste Einwirkung auf ihn und er keine Verantwortung gegen sie. Man kann sich kaum darin zurecht finden, wie es möglich sei, so verkehrte Methoden zu ersinnen.

## XIII.

# Von den Landgerichten als Gerichten erster und letzter Instanz.

Wie in der vierten Abhandlung bemerkt worden, verdanken wir Frankreich die Ausbildung der Kronanwaltschaft in ihrer heutigen Gestalt. Dort hat der Kronanwalt in bürgerlichen Prozessen eine doppelte Stellung. Entweder wird er nach dem letzten Wort der Partheien bloß mit seinem Gutachten gehört und alsdann ist er zu keinem Antrage an die Richter berechtigt, welcher die Streitsache selbst und die Rechte der Partheien berührt; oder er ist wirkliche Parthei im Prozesse und er hat alle die Befugnisse, welche das Gesetz jeder prozeßführenden Parthei gewährt. Dort heißt er partie jointe und er handelt par voie de réquisition, hier heißt er partie principale und er handelt par voie d'action. Ein Klagerecht hat er

1. auf Nichtigkeit einer verbotenen Ehe,
2. auf Interdiktion eines Wahnsinnigen,
3. auf Berichtigung einer Civilstandsurkunde, wenn die öffentliche Ordnung dabei interessirt ist oder es sich von der Konscription handelt.

Jene auf der Verschiedenheit der amtlichen Thätigkeit desselben beruhende Eintheilung muß beibehalten werden. Indeß macht das System der Einzelrichter zuerst nothwendig, daß von der Gerichtsbarkeit der Friedensgerichte alle solche Klagen ausgenommen werden, welche Rechtsverhältnisse betreffen, die der freien Verfügung der Partheien entzogen und bei denen sie zu keinem Verzicht befugt sind. Dies sind die Klagen, welche die Rechtsfähigkeit und den Familienstand eines Menschen betreffen, namentlich also:

1. Klagen auf Abschluß einer Ehe,
2. Oppositionen gegen den Abschluß einer Ehe,

3. Nichtigkeitsklagen gegen eine Ehe,
4. Klagen auf Abänderung des Familienstandes,
5. Interdiktionsklagen,
6. Verschollenheits- (Abwesenheits-) Erklärungen,
7. Ehescheidungen und Gütertrennungen,

endlich aus besonderen Gründen noch

8. Syndikatsklagen gegen Richter und Verwaltungsbeamte.

Die Streitsachen Nro. 1 — 7 bieten in der Regel keine Schwierigkeiten für die Entscheidung dar, welche sich gewöhnlich aus dem Resultat der Beweisführung von selbst ergibt. Aber das entscheidende Moment, warum sie von der Gerichtsbarkeit der Friedensgerichte ausgenommen werden müssen, liegt in der Kronanwaltschaft, welche bei ihnen als Civilgerichten nicht besteht, deren Mitwirkung aber unentbehrlich ist. Sie müssen daher in die Gerichtsbarkeit der Landgerichte übergehen und es bleibt dann die Frage zu untersuchen übrig, welche Stellung die Gesetzgebung dem Kronanwalt in solchen Streitsachen anweisen muß.

In Frankreich ist der Kronanwalt bei allen Klagen auf Abschluß oder Auflösung einer Ehe nur partie jointe, nicht partie principale. Das Verhältniß genügt aber dem Wesen der Ehe im Staate nicht und diese mangelhafte Stellung hat die Folge, daß das Gericht von Amts wegen die Interessen der bürgerlichen Gesellschaft und der öffentlichen Ordnung wahrnehmen, also das besorgen muß, was die Aufgabe des Kronanwalts ist. Mit ihm muß über alle eine Ehe betreffenden Klagen kontradiktorisch verhandelt werden und er muß nothwendige Parthei in solchen Klagen sein. Denn die Ehe ist ganz gewiß ein Vertrag zwischen den Eheleuten, aber auch eben so gewiß ein Vertrag von ganz anderer Bedeutung, als die gewöhnlichen Verträge des Obligationenrechts. Wenn zwei Personen sich heirathen, so sind sie nicht bloß Eheleute einer gegen den andern, sondern der ganzen Welt gegenüber, sie haben nicht bloß Rechte und Verbindlichkeiten gegen einander erworben, sondern sie haben eine andere persönliche Eigenschaft, gleichsam eine neue Persönlichkeit überkommen, sie schließen keinen lösbaren Vertrag ab, sondern sie verbinden sich zu einem wechselseitigen Verhältniß auf die Lebensdauer. Diese höhere Weihe erhält der Ehevertrag durch die Sanktion der Gesetzgebung, dadurch also, daß er unter Autorisation des Staats abgeschlossen wird, daß der Staat in den bürgerlichen Gesetzen die Gewähr für den Bestand und die Wirksamkeit des ehelichen Bündnisses sowohl für die Eheleute wie für die Kinder leistet. Der Abschluß der Ehe erfolgt unter Mitwirkung des

Staats, die dort sichtbar hervortritt, wo die Gesetze Frankreichs über den Civilstand gelten. Denn hier ist es ein Beamter des Staats, welcher die Ehe abschließt und die beiden Personen im Namen des Gesetzes für Eheleute erklärt. Wo diese Civilstandsgesetze nicht eingeführt sind, da segnet der Geistliche die Ehe ein. Diese priesterliche Einsegnung ist aber kein religiöses (bloß die Gewissen bindendes) Band, sondern ein bürgerliches mit allen den Wirkungen, welche der Abschluß der Ehe unter Mitwirkung des Staats hervorbringt. Also handelt der Geistliche nicht bloß als Diener seiner Kirche, sondern zugleich als Beauftragter des Staats.

Wenn nun der Staat der dritte Faktor beim Abschluß einer Ehe ist, so muß er auch der dritte Faktor bei deren Auflösung sein. Wenn sich zuerst Schwierigkeiten beim Abschluß ergeben, also der Civilstandsbeamte oder Geistliche seine Mitwirkung verweigert, so haben die Partheien in einer freien Verfassung das Mittel der Klage, auf welche das Gericht entscheiden wird, ob die Weigerung in den Gesetzen begründet ist oder nicht. Die eigentliche Streitfrage ist hier, ob der Staat seine Autorisation ertheilen muß oder nicht. Der Staat, dessen erforderte aber (durch seinen Beamten) verweigerte Autorisation eben der Gegenstand des Streites ist, muß hierüber gehört werden und wird zu dem Ende als Parthei geladen. Sein natürlicher Vertreter ist der Kronanwalt, dessen Beruf darin besteht, die Interessen des Staats in den Gerichten zu wahren. Man könnte zwar sagen, daß der als Verklagter vorgeladene Beamte des Civilstandes oder der Geistliche eben so gut die Interessen des Staats vertheidigen könnte. Allerdings, wenn sie erscheinen. Wenn sie aber ausbleiben, so vertheidigen sie auch nichts. Der Kronanwalt dagegen bleibt nicht aus und mit ihm wird die Klage kontradiktorisch instruirt.

Klagen wegen Schwierigkeiten bei dem Abschluß einer Ehe kommen äußerst selten vor; öfter dagegen Ehescheidungen*) und

*) Hier wird unter Ehescheidung nur die Trennung der beiden Eheleute in Ansehung des Vermögens und der Gemeinschaft des Lebens verstanden, nicht aber die wirkliche Auflösung des ehelichen Bandes. Es wird also vorausgesetzt, daß die Gesetzgebung die bisherigen Ehescheidungen als Lösung des ehelichen Bündnisses abschaffen und die Ehe für unauflöslich erklären wird. Denn für wen sind sie? In der mittleren und geringen Bürgerklasse, unter Handwerkern und Bauern, ist ein Ehescheidungsprozeß eine Seltenheit; sie halten ihre Ehe heilig und trennen sich nicht. Aber die fein gebildeten Leute der größeren Städte haben die Vorurtheile des Pöbels über Heiligkeit

Gütertrennungen. Es wird wohl keinem Gesetzgeber jemals wieder in den Sinn kommen, die Trennung einer Ehe auf einseitige oder zweiseitige Erklärung zu gestatten, wie bei dem auserwählten Volk Gottes, in Rom und im republikanischen Frankreich. Die gerichtliche Klage ist der einzige Weg dazu, das Gericht die einzige Behörde, welche eine Ehe wieder scheiden kann. Der Staat soll wieder lösen, was er früher verbunden hatte, die Partheien stehen nicht bloß sich, sondern auch dem Staat gegenüber und die Frage ist, ob er die Trennung bewilligen muß oder nicht. Er muß hier wiederum gehört und als Parthei in der Person des Kronanwalts geladen werden. Wenn er nicht nothwendige Parthei ist, so hat er nur über die Anträge der beiden Eheleute sein rechtliches Gutachten abzugeben, aber er hat nicht das Recht, das Gericht mit eigenen Anträgen zu befassen und eine Entscheidung darüber zu verlangen. Alsdann sind die Richter genöthigt, über die Gränzen ihres Berufs hinauszugehen und das von Amts wegen und gegen die übereinstimmenden Anträge der Partheien wahrzunehmen, was sie als der öffentlichen Ordnung und dem Staatsinteresse gebührend erachten, dessen Wahrnehmung sonst die Aufgabe der Kronanwaltschaft ist. Denn sonst hinge jede Ehescheidung von dem Belieben der Partheien ab, die sich nur über irgend einen Scheidungsgrund zu vereinigen brauchten, welchen der eine behauptet, der andere zugesteht, um der Erreichung ihrer Wünsche gewiß zu sein. Wenn also die klagende Ehefrau Mißhandlungen behauptet, der Verklagte sie zugesteht und die Klägerin an diesem Geständniß genug zu haben glaubt, so muß das Gericht, wenn der Staat nicht Parthei im Prozesse ist, entweder die Klägerin abweisen oder ihr von Amtswegen einen unerbotenen Beweis auflegen, — beides gegen die Regel des prozessualischen Verfahrens. Wenn aber der Kronanwalt Parthei im Prozesse ist, so mögen die Eheleute im Geheimen einverstanden sein, der Beweis muß allemal gegen ihn geführt werden, sonst wird die Klägerin abgewiesen.

Gütertrennungen sind die Folgen der Ehescheidungen, können aber auch ohne diese erwirkt werden. Sie berühren sehr nahe

---

der Ehe überwunden und trennen sich öfter. Und warum? Gewöhnlich haben sie schon eine andere Geliebte und um diese heirathen zu können, muß die erste Gattin, die Mutter ihrer Kinder, verstoßen werden. Solchen verdorbenen und moralisch versunkenen Menschen soll das Gesetz nicht zu Hülfe kommen, um ihnen die Mittel zur Befriedigung ihrer wandelbaren Neigungen zu gewähren.

das Interesse der Gläubiger, also mittelbar alle Bürger. In einem Handelsstaate muß das Güterrecht der Eheleute, sei es das gesetzliche oder ein vertragsmäßiges, mit dem Abschluß der Ehe unbeweglich feststehen; denn darauf beruht großen Theils der Kredit des Mannes. Wenn also aus einem der im bürgerlichen Gesetzbuch näher bestimmten Gründe das ursprüngliche Vermögensverhältniß wieder aufgelöst werden soll, so daß jeder Ehegatte wieder Herr des seinigen wird, so erfordert es das Interesse der Gläubiger und die Erhaltung des Kredits in der Handelswelt, daß ehrlich und kontradiktorisch verfahren und jedem betrüglichen Einverständniß der Eheleute vorgebeugt werde. Dies wird erreicht, wenn der Kronanwalt Parthei im Prozesse ist; sonst müssen auch hier die Gerichte von Amts wegen das öffentliche Interesse und das der Gläubiger wahren oder diese müssen es auf ihre Kosten als Intervenienten thun.

Abänderungen des Familienstandes, Interdiktionsklagen und Verschollenheits- (Abwesenheits-) Erklärungen betreffen die ganze oder doch eine relative Rechtsfähigkeit eines Bürgers, sind also von solcher Wichtigkeit und berühren so nahe die unter der Gewähr des Staats bestehenden Familienrechte, daß der Staat dabei vertreten sein muß, damit durch die Anwesenheit des Kronanwalts im Prozesse das Verfahren unter allen Umständen ein kontradiktorisches werde und die Gerichte nicht nöthig haben, von Amts wegen die Rechte eines Abwesenden zu vertheidigen und die Rechte des Staats wie der bürgerlichen Ordnung zu wahren.

Wenn man bedenkt, daß die Richter formelles Recht machen, hierin also mit dem Charakter der Unfehlbarkeit bekleidet sind, so ist die Syndikatsklage gegen einen Richter oder gar gegen ein richterliches Kollegium ein so außerordentliches Ereigniß und wegen des nothwendigen Vertrauens in die Gerichte ein die Staatsregierung und die ganze bürgerliche Gesellschaft so nahe angehendes, daß der Vertreter der Krone, der Wächter des Gesetzes als Parthei gegenwärtig sein muß, obgleich sonst wohl die verklagten Richter zu ihrer Vertheidigung sich selber genügen. Gleicher Schutz muß auch den Verwaltungsbeamten wegen Klagen aus Amtshandlungen gegeben werden.

Alle diese Klagen werden schriftlich instruirt. Ihr Gegenstand bringt es mit sich, daß das Ausbleiben eines Verklagten nicht als Verzicht auf seine Vertheidigung und freiwilliges Eingeständniß des faktischen Klagegrundes erklärt werden kann. Denn die Partheien haben kein freies Verfügungsrecht und jeder Verzicht ist eine rechtliche Unmöglichkeit. Darum muß das Ausbleiben

als Abläugnen des Klagegrundes erklärt werden. Bei einer so vielseitigen Erörterung der Sache, bei der Vertheidigung der Partheien durch ihre Anwälte und der objektiven Untersuchung durch den Kronanwalt kann den Landgerichten die rechtskräftige Entscheidung anvertraut werden, so daß es keiner zweiten Instanz bedarf.

---

Wenn die Mitglieder der Strafkammern der Landgerichte von der Krone ernannt werden, so ist eine zweite Instanz nicht zu entbehren, in welcher der Verurtheilte gegen die Partheilichkeit und auch gegen die Schwächen der ersten Richter (denn der Unterschied an Kräften ist groß) Schutz finde, obgleich dieser Schutz dürftig genug erscheint, indem das zweite Gericht aus Richtern der nämlichen Art besteht, nur um zwei vermehrt. Die gewählten Richter dagegen urtheilen als Geschworne und gegen deren Urtheil hat wohl zuweilen ein Theoretiker, niemals aber ein praktischer Jurist die Berufung für möglich gehalten.

# XIV.

## Von Beweisurtheilen.

Im älteren römischen Recht konnten keine Beweisurtheile vorkommen; sie waren in der Formel enthalten, welche der Praetor dem Richter als Instruktion für die Entscheidung gab. Denn in den Worten: si paret Numerium Negidium (der Verklagte) Aulo Agerio (dem Kläger) decem dare oportere, war der Richter beauftragt, das Rechtsgeschäft zu untersuchen, aus welchem geklagt war; also bildete das Beweisverfahren einen Bestandtheil des ganzen Verfahrens vor dem Richter, ohne ein besondrer Abschnitt des Prozesses und ohne durch eine vorgängige Entscheidung eingeleitet zu sein. Die Partheien wußten nun mit eben derselben Gewißheit, wie gegenwärtig bei den Interlokuten, was der Kläger für seine Klage, was der Verklagte für seine Einrede zu beweisen hatte. Sie wußten sogar noch etwas mehr, als die heutigen Partheien wissen, nämlich daß der, welcher den vom Richter verlangten Beweis geführt hatte, auch ganz sicher obsiegen würde, indem der Richter durch die praetorische Formel gebunden war.

Im sinkenden römischen Reich, als die Partheien oder deren Anwälte mündlich vor Gericht verhandelten, hatten die Richter zwar oft Veranlassung, prozeßleitende Dekrete (interlocutiones, praejudicia) zu erlassen, aber es fand keine Beweisauflage durch ein Interlokut Statt, sondern jeder Parthei war es überlassen, den Beweis über diejenigen Thatsachen anzutreten, deren Bewahrheitung ihr nützlich schien. Der Richter bestimmte nur die Fristen, welche jede Parthei zur Herbeischaffung ihrer Beweise begehren konnte und die auf drei, sechs und bis zu neun Monaten zu bewilligen waren. Dies System war gewiß keine Verbesserung, im Gegentheil eine solche Verschlechterung, daß es kaum möglich sein wird, ein noch schlechteres zu erfinden. Denn wenn der Richter

den Partheien nicht sagt, was er zuvor bewiesen haben will, ehe er den Verklagten verurtheilt oder freispricht, so sind sie durch die Ungewißheit über die künftige rechtliche Ansicht des Richters genöthigt, ihre Beweisführung auf Alles auszudehnen, was irgend an faktischen Momenten behauptet ist. Und wenn dann Termine von drei, sechs und sogar neun Monaten bestimmt und diese Termine beliebig erneuert werden können, wenn das Beweisverfahren an keine Fristen gebunden ist, sondern sich in's Unendliche fortspinnen kann, bis der Richter des Beweisens überdrüssig geworden ist und fernere Fristen verweigert, dann allerdings wird man es begreiflich finden, warum die Rechtsverwaltung so unerhört langsam, kostspielig und doch so unsicher war.

Das kanonische Recht gab die erste Veranlassung zu Beweisauflagen an eine oder die andere Parthei durch besondre Urtheile und dadurch zur Theilung des Prozesses in zwei Abschnitte, deren der erste ermittelt, was unter den Partheien streitig geblieben ist und der zweite die Bestimmung hat, dem Richter die bestrittenen Behauptungen zu beweisen. Denn es nennt das richterliche Dekret, welches Termin zum Zeugenverhör bestimmt, eine sententia interlocutoria und gestattet gegen alle Interlokute die Berufung. Die Folge davon war, daß ein solches Interlokut der Rechtskraft fähig wurde und dem Endurtheil präjudicirte. In Deutschland hat sich nach dem Vorbild des sächsischen Rechts der Gerichtsbrauch eingeführt, den Beweis durch ein Interlokut zu reguliren und die Partheien, wie bei der Eventualmaxime zu verpflichten, alle ihre Beweise auf einmal und neben einander zu führen. Neuere Gesetzgebungen haben diese Vorschriften beibehalten, andere das Verfahren zu weitläuftig gefunden und ein einfacheres vorgeschrieben, um den Prozeßgang etwas zu beschleunigen. So die preußische, in der das Gericht auf mündlichen Bericht eines Richters die Beweisauflage regulirt.

Eine richterliche Beweisauflage ist in jeder Form des Verfahrens eine Nothwendigkeit. Ob durch ein Interlokut oder ein Dekret, ist von untergeordneter Bedeutung und hat nur Werth für die Frage wegen der Zulassung der Berufung vor dem Endurtheil. In der Wirklichkeit ist jede richterliche Anordnung über eine Beweisführung allemal ein Erkenntniß, ebenso wie das Endurtheil. Die gegenseitigen Erklärungen der Partheien ergeben die Gränze des Zugestandenen und des Bestrittenen, des prozessualisch Gewissen und des noch Ungewissen. Thatsachen sind es, aus denen Rechte entstehen und über Thatsachen wird der Beweis erhoben. Formelle Bedingungen für die Zulassung eines

Beweises sind das ausdrückliche Erbieten und die Bestimmtheit und Vollständigkeit der Aufstellung. Materiell können die Partheien streiten: über das Objekt des Beweises (die Erheblichkeit), über die Beweispflicht und über die Zulässigkeit der Beweismittel. So oft der Richter über einen dieser Punkte zwischen den Partheien entscheidet, gibt er ein eigentliches richterliches Erkenntniß, mag es in der Form eines Urtheils oder eines Dekrets erscheinen. Ja sogar der Richter muß hier noch einen Schritt weiter gehen, um seine Aufgabe zu erfüllen, nicht mehr Mittel zu verwenden, als der Zweck der Entscheidung erfordert und den Partheien unnöthige Mühe und Kosten zu ersparen. Mögen die Partheien über alle den Beweis betreffende Fragen einig sein, so muß er dennoch prüfen, ob die vier Umstände vorhanden sind, welche jede Beweisauflage bedingen, nämlich:

1. daß die Parthei ihn erbietet,
2. daß die Thatsachen noch nicht bewahrheitet sind (durch Gesetz, Urkunden oder Eingeständniß),
3. daß der Beweis erheblich sei, also die Thatsachen wirklich das streitige Recht begründen,
4. daß die erbotenen Beweismittel gesetzlich zulässig sind.

Wenn es an einer dieser Bedingungen fehlt, so darf der Richter den Beweis nicht anordnen troß allem Einverständniß der Partheien. Es ist daher gewiß, daß jede Beweisauflage ein richterliches Urtheil ist. Und alsdann muß sie auch äußerlich in dessen Gestalt erscheinen und es ist nichts dabei gewonnen, wenn der Gesetzgeber dieselbe in eine einfachere Form einkleidet, wenigstens dann nicht, wenn der Richter mit gleicher Sorgfalt das Beweiserbieten prüft.

Die Frage wegen Zulassung der Berufung gegen Beweisurtheile beantwortet sich nicht aus Gründen des Rechts, sondern der Nützlichkeit und ihre Untersuchung führt allemal zu dem Resultat, daß die Zulassung des Rechtsmittels eben so viel Vortheile und Nachtheile gewährt, wie dessen Versagung. Sind die Beschwerden der berufenden Parthei gegen das Beweisurtheil begründet, so werden auf der einen Seite die Zeit, Mühe und Kosten erspart, welche durch Führung eines vergeblichen Beweises verloren gehen; auf der andern Seite sind die 6—8 Monate sicher verloren, welche in der Regel jede Berufung erfordert. Sind die Beschwerden der berufenden Parthei gegen das Beweisurtheil nicht begründet, so sind Zeit und Kosten ohne Ersatz verloren gegangen. Im Ganzen scheint noch dabei gewonnen zu werden, wenn die Berufung gegen Beweisurtheile abgesondert nicht ge-

stattet wird, so daß der Prozeß in der ersten Instanz ohne Unterbrechung zu Ende geführt wird. Dies hat zugleich die sehr nützliche Folge, daß der zweite Richter, wenn er die Beweisauflage ändert, die Partheien nicht an den ersten Richter zurückweist, sondern selbst den Beweis erhebt und im Sinne seines ersten Urtheils die endliche Entscheidung gibt.

Die Berufung gegen Beweisurtheile führt uns auf die Frage nach deren Rechtskraft. Einige Gesetzgebungen Deutschlands nehmen sie an und einige Rechtslehrer finden diese Vorschrift sehr vernünftig. Mir scheint es, daß solche Urtheile einer Rechtskraft gar nicht fähig sind. Endurtheile geben dem Rechtsverhältniß eine neue Form und sind neue Titel für die Forderung; die alte Klage ist konsumirt. Was sie unabänderlich machen, ist es nur zwischen den Partheien, ihre Wirkung verbreitet sich auf keinen dritten und eine Rückwirkung auf den Richter ist nicht einmal denkbar. Beweisurtheile dagegen sind bedingte Endurtheile. Der Richter verkündet den Partheien die Bedingung, mit deren Erfüllung er das Bedingte verspricht, nämlich die Zuerkennung der Forderung. Er setzt daher nicht bloß ein Verhältniß zwischen den Partheien, sondern zugleich sein künftiges Verhältniß zu den Partheien fest. Eine Rechtskraft würde die Unveränderlichkeit dieses zweiten Verhältnisses mit sich bringen. Wie aber, wenn der Richter sich bei der Beweisauflage geirrt hat und seinen Irrthum später erkennt? Darf er urtheilen, was nach seiner Ueberzeugung das Rechte ist oder muß er den Verklagten wider besseres Wissen verurtheilen und ihm in den Gründen des Urtheils sagen, daß er mit Unrecht verurtheilt werde, weil der Richter früher eine irrige Ansicht gehabt habe und das Gesetz ihm nicht erlaube, der Wahrheit die Ehre zu geben? Ueberdies kommt es zuweilen vor, daß das Personal der Richter inzwischen gewechselt hat und die Ungereimtheit wäre noch viel größer, daß der Nachfolger an den Irrthum seines Vorgängers im Amte gebunden sein sollte. Der Grundsatz des französischen Rechts ist daher in der Natur der Sache gegründet, daß das Interlokut den Richter niemals binde und dies bedeutet, daß es keiner Rechtskraft fähig ist. Alsdann aber hat die Berufung gegen dasselbe gar keine Beziehung auf die Rechtskraft, sondern muß sich aus anderen in dem Verfahren liegenden Gründen rechtfertigen. So ist es auch im französischen Prozeß. Die Ueberladung des Beweisverfahrens mit Formen und Nichtigkeiten, der große Aufwand an Zeit und Kosten, den es erfordert und die schriftliche Abfassung der Zeugenaussagen sind so bedeutende Uebelstände, daß der Gesetzgeber zweckmäßig

fand, den Partheien durch Zulassung der Berufung den Weg zu eröffnen, wie diese Uebelstände möglicher Weise noch vermieden werden können. Zeit- und Kostengewinn ist das einzige Motiv zur Gestattung der Berufung gegen interlokutorische Urtheile. Nun sind aber jene Uebelstände (der mißlungenste Theil der französischen Prozeßordnung) keineswegs nothwendig, sondern sogar leicht wegzuschaffen, wie auch die Genfer Prozeßordnung gethan hat.

Der Zeugenbeweis wird entweder mündlich oder schriftlich geführt. Dort sieht und hört der erkennende Richter die Zeugen selbst, hier liest er das schriftliche Zeugniß, das ein anderer über deren Aussagen aufgeschrieben hat. Im römischen Prozeß aller Zeiten erschienen die Zeugen persönlich vor dem Richter und gaben mündlich ihr Zeugniß ab; nur in der späteren Zeit wurde das wesentliche daraus der Aufbewahrung wegen aufgezeichnet. Der Uebergang zum schriftlichen Verfahren brachte auch die Schriftlichkeit des Zeugenbeweises mit sich, die in Deutschland noch gegenwärtig allgemein ist, mit der Ausnahme, daß erst in der neuesten Zeit manche Gesetzgebungen mit der Ausdehnung des Mandatsprozesses auch das Verhör der Zeugen vor dem erkennenden Richter angeordnet haben. Im Kriminalprozeß wird das mündliche Zeugniß für eine so wesentliche und unerläßliche Bedingung der Wahrheitsfindung, also der Gerechtigkeit des Urtheils angesehen, daß die ganze Prozeßordnung so eingerichtet wird, um die Zeugen persönlich vor den Richter zu bringen. Der Civilprozeß hat in Beziehung auf die Beweisführung keine andere Natur und es wird auch hier die Wahrheit über Thatsachen gesucht, welche eine Parthei behauptet und von denen ihr Recht abhängt. Es tritt also eben dieselbe Nothwendigkeit ein, die Prozeßordnung so einzurichten, daß ein mündliches Zeugniß gegeben und angenommen werden kann. Der Beweis wird blos für den erkennenden Richter geführt, nicht für die Gegenparthei. Wenn derselbe die Zeugen selbst sieht und hört, so hat er die Quelle der Wahrheit in eigener Anschauung so rein und lauter vor sich, als sie mit menschlichen Mitteln gewährt werden kann. Wenn aber ein Kommissar die Zeugen vernimmt und deren Aussagen schriftlich abfaßt, damit dies geschriebene Zeugniß dem erkennenden Richter vorgelesen oder von ihm gelesen werde, so hat dieser nur todte Protokolle und das kalte Wort vor sich und die Quelle der Wahrheit ist nicht nur verdunkelt und verkürzt, sondern überdies noch verfälscht. Wie will man aus dem geschriebenen Wort die geistigen Fähigkeiten, die Treue des Gedächtnisses, die Ruhe und Sicherheit in der Erzählung oder die Leidenschaftlichkeit des Zeugen und alle

unübersetzbaren Zeichen des guten oder bösen Gewissens, der Wahrhaftigkeit oder der Lüge wieder erkennen?

Die Methode, welche im Kriminalprozeß mit Leichtigkeit und Sicherheit zur Ermittelung der Wahrheit führt, ist auch im Civilprozeß ausführbar. Zuerst ist zu bemerken, daß in beiden die Zeugen an dem Orte der That oder des Streitgegenstandes wohnen, wenigstens in dessen Nähe, die Vorladung also gleich bequem geschehen kann. Nur in Handelssachen ist es zuweilen anders. Sodann sind in Civilprozessen durchgängig nicht die Hälfte der Zeugen zu vernehmen, wie in Kriminalprozessen. Ein Verhör von 10 bis 12 Zeugen kommt schon nicht oft vor, eins von 20 bis 24 ist eine Seltenheit. Regelmäßig wird daher das Verhör in einer Sitzung beendet, die größten in zwei. Wo lägen daher die Gründe, um einem mangelhaften Verfahren vor dem besseren den Vorzug zu geben? Und wenn wirklich einmal die Anwälte einer weiteren Vorbereitung bedürften, etwa um über die Glaubwürdigkeit der Zeugen, deren Uebereinstimmung und Widersprüche, überhaupt das Resultat der Beweisführung ihre Ansichten dem Richter mitzutheilen, so kann die Fortsetzung der Instruktion in eine andere nahe Sitzung vertagt werden. Zur Hülfe des Gedächtnisses wird der Gerichtsschreiber das Wesentliche aus jeder Aussage schriftlich aufbewahren, was denn auch für die zweite Instanz dienen kann, wenn nicht etwa der Streitgegenstand den Partheien wichtig genug ist, um eine erneuerte Vernehmuug zu verlangen. Von der Regel des mündlichen Verhörs bleiben die wenigen Fälle ausgenommen, wo der Zeuge zu enfernt wohnt oder wegen Krankheit nicht am Gericht erscheinen kann. Alsdann muß man seine Aussage schriftlich abfassen.

Wenn von einem Beweisurtheil und der Beweisführung in einem besondern Abschnitt des Prozesses die Rede ist, so ist damit der Beweis durch Zeugen und Sachverständige gemeint. Für den Beweis durch Urkunden bedarf es dieses Urtheils nicht, indem der Gesetzgeber von der gewöhnlich richtigen Voraussetzung ausgeht, daß die Partheien im Besitz derselben sind. Alsdann kann er dem Kläger vorschreiben, seine Urkunden sogleich mit der Klage dem Gegner vorzulegen, dem Verklagten, die seinigen mit der Beantwortung. Es ist dies der sogenannte anticipirte Beweis des deutschen Prozesses, der auch in die französische und Genfer Prozeßordnung übergegangen ist. Alsdann verbindet sich die Instruktion des Prozesses mit den Verhandlungen über den Werth der Urkunden und ein besondres Beweisverfahren tritt erst ein, wenn die Urkunden nicht anerkannt oder auch als falsch angefochten werden.

# XV.

## Von der Berufung und deren Instruktion.

Die Berufung ist eine Beschwerde gegen das erste Urtheil und die Anrufung eines höheren Richters um ein besseres Urtheil. Der Kaiser Augustus führte sie zuerst ein, bis dahin war jede Entscheidung des Praetors und des Richters mit ihrer Verkündigung rechtskräftig. Die Uebereinstimmung aller Gesetzgebungen und die auf eine Gewohnheit von achtzehn Jahrhunderten gegründete Ueberzeugung von der Nothwendigkeit einer zweiten Instanz macht hierüber jede weitere Untersuchung überflüssig. Es bleibt sich dabei ganz gleich, ob ein Richter oder ein Kollegium das Urtheil erlassen hat und ob der Prozeß mündlich oder schriftlich instruirt wird. Für alle Arten Prozesse über Vermögensrechte nehmen wir die Nothwendigkeit einer zweiten Instanz als gegeben an und haben dann zu untersuchen:

1. wie viel Instanzen zu bewilligen seien,
2. an welches Gericht die Berufung geht,
3. gegen welche Urtheile,
4. in welcher Art sie eingewendet wird,
5. in welcher Frist,
6. wie sie instruirt wird.

1. Dank dem geheimen und schriftlichen Verfahren, der Erniedrigung der Richter zu Dienern und der Versunkenheit der Anwälte durch langen Despotismus ist in Deutschland der großen Mehrzahl der Partheien der Prozeß nichts anderes als eine Loterie, in welcher der eine Theil den Gewinn, der andere die Niete zieht. Im gemeinen Leben hört man niemals die Partheien von dem Recht sprechen, das zwischen ihnen entschieden worden oder von einer Gerechtigkeit, die bei den Gerichten zu finden sei. Es heißt: der Kläger hat gewonnen, der Verklagte verloren oder verspielt, grade wie bei allem, was durch Karten oder Würfel ausgemacht wird. Die Kosten der Anfechtung des ersten Urtheils sind ein

neuer Einsatz zur Fortsetzung des Spiels und wer sie daran wagen will, der kann auf einen günstigen Glücksfall rechnen. So geht es weiter und wenn es zuletzt nicht an Gerichten fehlte, an welche appellirt werden könnte, an appellirenden Partheien würde es niemals fehlen. Die ganze Prozeßsucht, von welcher Gesetzgeber und Rechtslehrer so viel zur Rechtfertigung der Beschränkung der Rechtsmittel zu erzählen wissen, ist in der Wirklichkeit nichts weiter, als die jedem Spieler eigene Hoffnung auf ein endliches Umkehren des Glücks. Die Gerichte haben genau so viel Autorität und Vertrauen, als sie sich in dem öffentlichen Verfahren durch gute Handhabung einer guten Prozeßordnung verdienen können, nicht mehr und nicht weniger. Wenn sie es sich in Deutschland werden erworben haben, dann wird auch jene Prozeßsucht aufhören und die Partheien werden wohl noch an einen Irthum des Richters, aber nicht mehr an ein Spiel des Zufalls glauben. Die nächste Folge dieser Umwandlung wird sein, daß keine Parthei mehr auf gutes Glück, sondern nur auf den Rath eines Anwalts den zweiten Rechtsweg betreten wird.

Die Berufung soll nicht die Anrufung eines andern, sondern eines höheren Richters sein. Dies ist in der Wirklichkeit der, welchen die Gerichtsverfassung und die königliche Ernennung höher stellt, nach der Theorie sollte es der sein, welcher an Uebung und Einsichten höher steht und durch die Art des Verfahrens höher gestellt wird. Die Zahl der Rechtsmittel, welche die Gesetzgebung bewilligen soll, hängt wesentlich von zwei Umständen ab, zuerst von der Beschaffenheit der Gerichte erster Instanz und dann von dem prozessualischen Verfahren. Sind die Gerichte schlecht und das Verfahren schlecht, so ist es billig drei Instanzen zu bewilligen, außer der ersten die Appellation und die Revision. Es sind wirklich drei Klassen Richter da und es ist damit die Möglichkeit gegeben, stufenweise zu den besseren aufzusteigen, also ist Hoffnung da, daß in den oberen Instanzen Recht und Wahrheit besser gefunden werden. Wenn dagegen alle Richter in der Art gleich sind (Abhandlung I), so kann man nicht mehr zu besseren aufsteigen, sondern der Nutzen der zweiten Instanz muß in dem Verfahren gesucht werden. Die Instruktion erfolgt so, wie die der wichtigsten Prozesse erster Instanz, die Rechte der Partheien werden von Rechtsgelehrten geprüft und vertheidigt und ein Kollegium entscheidet nach vorgängiger Berathung. Da es unmöglich ist, ein besseres Verfahren und bessere Richter zu finden, so ergibt sich, daß eine dritte Instanz nur eine Wiederholung der zweiten sein würde, also eine Art von Loterie. Eine gute Prozeßordnung

unter Voraussetzung guter Richter kann daher nur zwei Instanzen bewilligen.

2. Die Grafschaften (Abhandlung III) bilden einen Verwaltungskreis und den Bezirk für ein Landgericht, an welches daher die Berufungen gehen. Die Landgerichte sind:

a. Civilgerichte erster und letzter Instanz in allen die Rechtsfähigkeit und den Familienstand betreffenden Prozesse, (Abhandlung XIII),

b. Civilgerichte zweiter Instanz für alle Berufungen von den Urtheilen der Friedensgerichte,

c. Strafgerichte in den zu ihrer Kompetenz gehörigen Anklagen.

Hier ist also die Verbindung der Kriminal- und Civil-Justiz angenommen. Einer besondren Rechtfertigung bedarf diese Einrichtung nicht; denn es ist kein Grund ersichtlich, warum dies nicht so sein sollte und eine Trennung besser wäre. Frankreich hat im Jahre 1790 die Kriminal- von der Civil-Justiz getrennt und abgesonderten Behörden übertragen. Diese Trennung hat etwa 20 Jahre bestanden und wurde wieder abgeschafft, weil sie sich in der Erfahrung nicht bewährt hatte. Es besteht auch wirklich kein Bedürfniß dafür und die Verbindung verdient in jeder Beziehung den Vorzug.

Eben wegen dieser Verbindung muß jedes Landgericht wenigstens aus einer Civil- und einer Strafkammer bestehen, jene von 7, diese von 5 Mitgliedern mit 3 Beamten der Kronanwaltschaft. Die Größe der Grafschaft, also der Umfang jedes Landgerichts muß nach dem Flächeninhalt bemessen werden, die Zahl der Einwohner ist eine untergeordnete Rücksicht. Mehr wie 60 bis 80 Quadratmeilen darf sie nicht umfassen. Denn wenn die Hauptstadt in der Mitte oder ungefähr in der Mitte liegt, so wird die Entfernung der an den Grenzen gelegenen Ortschaften 6—8 Meilen betragen. Obgleich deren Bewohner untergeordnete Verwaltungs- und Gerichtsbeamte in der Nähe haben, durch deren Vermittlung ihre Klagen und Gesuche an den Schef der Verwaltung und den Oberprokurator gelangen können, so muß doch Mancher persönlich am Landgericht und vor dem Verwaltungs-Schef erscheinen, was zu große Schwierigkeiten mit sich führen würde, wenn die Grafschaften größer sein sollten, als oben angegeben ist. Wenn gleich eine große Stadt in der Grafschaft liegt, so würde die größere Menschenzahl doch keine Verminderung des Flächeninhalts, sondern nur eine Vermehrung der Arbeitskräfte nothwendig machen, also für die Landgerichte mehr Kammern und mehr Beamte der Kronanwaltschaft.

3. In der Abhandlung XIV sind die Gründe ausgeführt, weswegen die Berufung nur gegen Endurtheile zu gestatten ist. Die neueren Gesetzgebungen beschränken sie aber auf Klagen von einem gewissen Werth und versagen sie bei denen von minderem Werthe. Zur Rechtfertigung dieser Beschränkung werden theils innere theils äußere Gründe angeführt. Zuerst heißt es: Klagen wegen kleiner Forderungen beruhen auf einfachen faktischen und rechtlichen Verhältnissen, bei denen keine schwierigen Rechtsfragen zu entscheiden sind, also kein Bedürfniß einer zweiten Instanz da ist. Dann muß die Prozeßsucht der Partheien gezügelt werden, auch haben die Obergerichte keine Zeit, sich mit solchen Kleinigkeiten abzugeben und am Ende steht das Objekt der Klage in keinem Verhältniß zu der langen Dauer und den Kosten des Prozesses. Das sind in der That seltsame Gründe. Zuerst sind es immer dieselben Gesetze und dieselben Rechtsregeln, aus denen der Richter entscheidet, mag der Handel ein Schaaf, eine Kuh oder ein schönes Pferd betreffen, mag das verloren gegangene Depositum 10 oder 1000 Thaler werth sein, mag der Handwerker seinen Kunden langen oder kurzen Kredit gegeben haben, mag der Mißhandelte mit einer Blutrunst davon gekommen sein, oder ein Auge verloren haben. Und der Richter kann in deren Anwendung bei einem kleinen Gegenstand sowohl geirrt haben, wie bei größeren. Denn die Annahme, daß die Geringfügigkeit des Gegenstandes Einfachheit des Rechtsverhältnisses mit sich bringe, ist in ihrer Allgemeinheit durchaus unwahr und oft ist das Gegentheil wahr. Denn über Verträge von einiger Bedeutung haben die Partheien in der Regel Urkunden. Bei geringen Objekten dagegen muß sich der Richter durch die Erklärungen, Abrechnungen, Quittungen und Briefe der Partheien durcharbeiten, die oft selbst nicht wissen, was sie wollen und um die Verwirrung vollkommen zu machen, werden am Ende noch Zeugen verhört. Das sollen einfache Sachen sein, weil der Kläger nur 10 Thaler gefordert hat! Groß und klein sind relative Begriffe, also auch die Wichtigkeit, wenn sie nach der Größe des Gegenstandes gemessen werden soll. Die Kuh, die einen armen Mann ernährt und sein ganzes Vermögen ausmacht, ist an und für sich nichts mehr, wie ein Stück aus der Heerde eines reichen Eigenthümers. Aber jenem ist sie Alles, diesem wenig mehr wie nichts. Oft ist überdies bei einer Verurtheilung das Geld die Nebensache, die Ehre die Hauptsache. Man weiß im Voraus gewiß, daß der Richter sich auch in so genannten Kleinigkeiten zuweilen irren wird und wenn das ganze Vermögen eines armen Mannes mit diesem gerichtlichen Unrecht verloren

geht, so soll keine menschliche Hülfe für ihn möglich sein, — weil dem höheren Richter das Objekt zu klein ist! Es ist eine heillose Verwirrung der Begriffe, das Recht nach der Anzahl Thaler zu messen, die dessen Gegenstand sind. Wenn Jemand von seinem Rechte völlig überzeugt ist, wenn die Anwälte, die er befragt, ihm die Versicherung geben, daß das Urtheil wird abgeändert werden und wenn ihm das Objekt oder auch seine dabei interessirte Ehre wichtig genug ist, um die Kosten daran zu wagen, so mag er den zweiten Rechtsweg versuchen. Jede Beschränkung desselben auf eine gewisse Summe ist eine Ungerechtigkeit, eine wirkliche Verweigerung der Hülfe Rechtens.

Wenn die deutschen Gesetzgeber die Wahrheit hätten sagen wollen, warum sie die Berufung an die Bedingung eines gewissen Werths des Streits gebunden hätten, so mußten sie sagen: Unsere Gesetze und das Verfahren sind so schlecht, daß wir den größten Theil der Partheien halb rechtlos machen mußten; sonst könnten wir nicht durchkommen. Gut — hätten die Partheien erwiedert — so verbessert die Gesetze, aber laßt uns nicht darunter leiden.

4. Wenn der Richter den Partheien sein Urtheil verkündet hat, so ist sein Beruf erfüllt, er ist officio functus, wie Ulpian in L. 55 D. de re judic. sagt. Nun sollte man denken, ginge es ihn nichts an, was die Partheien weiter mit ihrer Streitsache machen wollen, sie hätten vor ihm und er mit ihnen nichts mehr zu thun. Trotz dem schreibt das römische Recht vor, die Berufung bei dem ersten Richter anzumelden und dies in einer ganz formlosen Weise mit einem bloßen Wort, wenn die Parthei im Gericht anwesend ist. Sed si apud acta quis appellaverit, satis erit, si dicat: appello. Macer in L. 2. D. de appell. Die Anmeldung der Berufung bei dem ersten Richter ist auch im kanonischen Recht beibehalten und in alle Gesetzgebungen Deutschlands übergegangen. Anders ist es im französischen Recht. Der Berufende ladet seinen Gegner in derselben Art, wie die Klage erhoben wird, vor den Richter zweiter Instanz, vor welchem durch Anwälte verhandelt wird. Dies System verdient den Vorzug; denn es führt auf dem einfachsten und kürzesten Wege zu dem Ziel, den zweiten Richter mit der Streitsache zu befassen, also die Instanz dort anhängig zu machen. Auf die erste oberflächliche Ansicht scheint es allerdings, daß im Gegentheil nichts kürzer und einfacher sein könnte, als wenn die beschwerte Parthei dem Richter in's Gesicht sagt: Ich appellire oder wenn sie deutsch reden will: ich schelte dein Urtheil, obgleich es sonst nicht von feiner Lebensart zeugt, Jemand in's Gesicht zu schelten. Man berücksichtige

aber, was auf diese anscheinend so einfache Appellation erfolgt, wie es im gemeinen Recht vorgeschrieben ist. Zuerst bittet der Berufende den Richter um literae dimissoriae oder apostoli und er soll saepius et instanter darum bitten bei Strafe des Verlustes. Nun urtheilt sogar der erste Richter über die Zulässigkeit der Berufung gegen sein eigenes Urtheil, denn unter dem Vorwande der Unzulässigkeit kann er die Apostel verweigern, wogegen nun die Beschwerde dem höheren Richter unmittelbar und ohne die Mitwirkung des ersten eingereicht wird, wie es schon mit der Berufung selbst hätte geschehen sollen. Es wäre eine Preisaufgabe, ob irgendwo anders noch sinnlosere Förmlichkeiten zu finden seien. Abgesehen davon ist der Richter hier wieder der Schreiber und Briefträger der Partheien; er bekommt eine Prozeßleitung und ertheilt ihnen Befehle, deren Befolgung durch Rechtsnachtheile erzwungen werden muß. Das Alles ist des Richteramtes unwürdig und verletzt die Grundsätze einer liberalen Prozeßordnung. Allein schon die Konsequenz gebietet, die Berufung so einzuführen, wie zuerst die Klage, nämlich durch direkte Vorladung des Berufenen vor den zweiten Richter.

Wie diese Art der Einleitung mit der Suspensivkraft zu vereinigen ist, wird die folgende Abhandlung zeigen.

5. Bei Bestimmung der Frist ist ein doppelter Abweg zu vermeiden. Eine zu kurze kann die beschwerte Parthei durch ein Uebersehen, eine Unregelmäßigkeit leicht ihr Recht verlieren machen; eine zu lange erhält die obsiegende in der Ungewißheit. Das römische Recht bestimmt eine zehntägige Frist, angerechnet vom Tage der Verkündigung, eben so die deutschen Gesetzgebungen. Gegen deren Ablauf bewilligt der zweite Richter indeß sehr leicht Restitution, also eine Verlängerung. Der Beginn der Frist scheint hier nicht zweckmäßig bestimmt zu sein. Denn da der Entschluß, den zweiten Rechtsweg zu betreten, Ueberlegung erfordert, so muß das Gesetz den Partheien auch die dazu erforderliche Zeit bewilligen. Sie besteht in Prüfung der Entscheidungsgründe, die man sogleich mit der ersten Vorlesung (denn so erfolgt die Verkündigung) nicht einmal auffassen, viel weniger beurtheilen kann. Der Beginn der Frist kann daher erst mit der abschriftlichen Behändigung des Urtheils eintreten und wenn diese voraufgegangen ist, scheinen zehn Tage zu genügen. Denn eine ungünstige Entscheidung kommt den Partheien niemals unerwartet; jede muß sich darauf gefaßt halten und kann schon im Voraus bedenken, was sie zu thun habe. Bei dieser Berechnung verlängert sich die Frist in der Wirklichkeit um so viel Tage, als von der Verkündigung

bis zur Behändigung umlaufen, also im gewöhnlichen Geschäftsgange um 10—14 Tage, oft um Monate.

Die Franzosen haben ein sonderbares System. Die Prozeß-Ordnung bewilligt drei Monate; aber der obsiegende Theil hat es in der Gewalt, sie auf einen Tag abzukürzen. Dies wird so gemacht. Jedes Urtheil bildet einen executorischen Titel und kann als solcher vollzogen werden, ohne daß weder die Parthei noch ihr huissier nach der Rechtskraft fragt. Das Urtheil wird also abschriftlich zugestellt und gleichzeitig Zahlungsbefehl erlassen, welcher jeder Vollziehung vorausgehen muß. Nach Ablauf eines Tages ist die Pfändung erlaubt. Wenn sich also der unterliegende Theil nicht schnell zur Berufung entschließt, so werden ihm seine Mobilien abgepfändet und verkauft. Denn nicht die Frist hat Suspensivkraft, sondern nur die wirkliche Einwendung des Rechtsmittels; ohne Vorlegung des Berufungsaktes geht also der huissier nicht. In der Praxis wird dies Beschleunigungsmittel fortwährend angewendet. Wenn der Gesetzgeber glaubt, daß ein verurtheilter Schuldner drei Monate nöthig hat, um sich seine Sache gründlich zu überlegen, so muß man ihm diese Frist auch geben. Aber es ist eine Inkonsequenz, sie ihm in Worten zu bewilligen und von hinten herum wieder zu beschränken.

6. Der Berufende ladet also den Berufenen, ähnlich der Erhebung der Klage, vor das Gericht zweiter Instanz. Die in der Abhandlung II für die Instruktion des Prozesses und die Entscheidung durch Einen Richter angeführten Gründe passen auf die zweite Instanz nicht, für welche ein Richter-Kollegium nothwendig ist. Während nämlich nach Abhandlung I alle Richter in der Art gleich sind, soll doch die Berufung nicht bloß an einen anderen, sondern an einen höheren Richter gehen. Die besseren Eigenschaften desselben können daher nicht in seiner Persönlichkeit gefunden werden, sondern nur in einer vollkommnern Behandlung des Prozesses, welche in der schriftlichen Instruktion und der Vertheidigung der Partheien durch Anwälte besteht und die allseitige Erörterung der faktischen und rechtlichen Verhältnisse bewirkt. Das vermehrte und gewöhnlich verwickeltere Material erschwert die rechtliche Beurtheilung und für diese schwierigere Aufgabe ist eine gegenseitige Berathung nützlich, wie in der Abhandlung II bewiesen ist. Ein Kollegium zieht nun die schriftliche Instruktion von selbst nach sich, daher auch die Eintheilung der Klagen in dingliche, persönliche und gemischte keine Verschiedenheit in der Instruktion des Prozesses herbeiführen kann. Die Friedensgerichte haben einen Bezirk von 9 bis 10, höchstens 12 Quadratmeilen,

die Landgerichte einen von 60 bis 80. Dort machte die Nähe der Partheien die mündliche Instruktion mit ihnen selbst möglich, hier macht die Entfernung sie unmöglich (wenn man große Schwierigkeiten der Unmöglichkeit gleichstellen will). Dort enthält eine einfache Ladung oder die schriftliche Klage die ganze Forderung, welche den Gegenstand der Instruktion und der Entscheidung bildet. Aber die Instruktion einer Berufung ist eine weit künstlichere Aufgabe; sie erfordert nicht nur mehr Kenntniß des Rechts und der Formen, sondern auch eine große Uebung in Behandlung der Prozesse, die in erster Instanz viel weniger und oft gar nicht erforderlich ist. Die Klage ist die einzige Grundlage des Prozesses und der Antwort des Verklagten; mag sie aus wenigen oder vielen Punkten bestehen, er weiß immer, was er auf jeden zu antworten hat und der Richter wird durch Fragen nachhelfen, wo die Beantwortung nicht erschöpfend ist. Wer aber eine Berufung rechtfertigen will, der muß das ganze Verfahren erster Instanz durchdenken und sorgfältig prüfen, wie das Urtheil aus den gegebenen Prämissen gefolgt ist. Er muß zuerst die Klage und die Beantwortung, dann das im Laufe des Prozesses vermehrte oder verminderte Petitum mit den ergangenen Zwischenurtheilen vergleichen, von diesen durch die Beweise zum Endurtheil übergehen und dann wohl auch seine neuen Behauptungen und Beweise einschieben, um zu ermitteln, warum die Entscheidung unrichtig und ein günstigeres Urtheil zu hoffen sei. Diese ganze Prüfung des ersten Urtheils nach dem Inhalt der Verhandlungen, die Formulirung der Beschwerden, die Aufstellung neuer Thatsachen, die Widerlegung der ersten Entscheidung und die Begründung einer anderen erfordern so viel Kenntnisse des Rechts und der Formen und so viel prozessualische Uebung, daß die Instruktion der Berufung die Leitung durch einen Rechtsgelehrten regelmäßig gar nicht entbehren kann. Dieser Rechtsgelehrte ist entweder der Richter oder der Anwalt. Alle Gründe gegen die Prozeßleitung des Richters treten hier mit verstärktem Gewicht ein. Denn wenn er zuerst mit dem Berufenden überlegt, wie die Berufung zu begründen sei, so muß er hinterher mit dem Berufenen überlegen, wie das erste Urtheil aufrecht zu erhalten sei. Er muß den Advokaten für beide Partheien spielen und das sogar gegen sich selbst! Die Anwälte sind vermöge ihres Berufs die geborenen Vertheidiger der Partheien und wenn nun einmal eine Leitung der Instruktion durch rechtsverständige Hände unabweislich ist, so sind sie die Instruenten. Das Verfahren ist für alle Prozesse schriftlich.

# XVI.

## Von den Endurtheilen, deren Abfassung und Vollziehung.

Nachdem die Partheien sich vollständig vertheidigt haben, die Instruktion geschlossen und der Kronanwalt (wo er besteht) gehört ist, sind die Richter verpflichtet, ein Urtheil zu geben und zwar das Endurtheil, wenn die Sache dazu reif ist. Wir haben hier zu untersuchen, wie es gefunden, wie es verfaßt und wie es vollzogen wird.

1. Für die Urtheilsfindung durch Einzelrichter ist nichts zu bemerken, desto mehr für die durch Richterkollegien. Wir gehen von der Voraussetzung aus, daß die Civilkammern der Landgerichte aus sieben Mitgliedern bestehen, aber auch in der Zahl von fünf beschlußfähig sind. Wir setzen ferner voraus, daß die Richter nicht verpflichtet sind, ihr Urtheil in derselben Sitzung zu verkünden, daß sie unter einander in Berathung gehen können, daß diese Berathung und die Abstimmung geheim sind, endlich daß Beschluß des Gerichts ist, wohin sich die Mehrheit geeinigt hat. Dieselbe ist 3 unter 5, 4 unter 6 und 7 Richtern. Wenn sich nur zwei Meinungen bilden, so ist bei 5 oder 7 Richtern sicher eine Mehrheit da, bei 6 kann Stimmengleichheit eintreten. Wenn sich aber drei Meinungen bilden, so ist es möglich, daß sich eine Mehrheit für keine ergibt. Wie ist sie zu erlangen? Irgend ein Mittel muß die Prozeßordnung vorschreiben, sonst bleibt jeder Richter bei seiner Meinung und es kommt zu keiner Entscheidung. Die Partikulargesetzgebung Deutschlands hat ein sehr einfaches Mittel erfunden, sie gibt bei Stimmengleichheit der Stimme des Präsidenten das Uebergewicht. Aber dieser Weg ist völlig unzulässig; denn mit welchem Recht zählt unter Richtern gleicher Art eine Stimme für zwei? Sehr nützlich zu einer besseren Vereinigung auf eine Meinung ist es häufig, wenn jeder Richter mit den Akten sich die Sache zu Haus noch einmal überlegt; denn ein

Umstand, ein Beweisgrund, ein Argument für einen Rechtssatz kann bei einer zweiten Ueberlegung stärker in's Gewicht fallen und die Meinung eines Richters anders bestimmen. Wenn aber jeder bei seiner Ansicht beharrte, so hat man bei Stimmengleichheit zwei Wege, um von der geraden auf eine ungerade Zahl zu kommen, worin das einzige Mittel besteht, um die Mehrheit für eine der beiden Meinungen zu finden. Man nimmt entweder einen davon oder thut einen hinzu. Die französische Prozeßordnung Art. 118 hat den zweiten Weg gewählt, der aber mit Uebelständen verbunden ist und nicht einmal sicher zum Ziele führt. Bei der erneuerten Verhandlung unter Zuziehung eines oder dreier anderer Richter wird das Thatsächliche oft anders dargestellt und dies hat die Folge, daß die Stimmen bei der zweiten Abstimmung sich anders stellen und alsdann könnte es dahin kommen, daß sich drei Meinungen bildeten, deren jede drei Stimmen für sich hat, das Kollegium also noch unentschiedener geworden wäre. Aber diese Uebelstände werden vermieden und aus der Stimmengleichheit wird eine Mehrheit werden, wenn ein Mitglied ausscheidet und zwar das jüngste. Wenn zwischen dem Schluß der Verhandlung und der Berathung zufällig einer von sechs ausscheidet, so ist das von den übrigen fünf verkündete Urtheil gültig; warum nicht auch wenn einer durch Vorschrift des Gesetzes ausscheidet?

Wenn dies Mittel bei Stimmengleichheit angewendet wird, so kommt man auch bei drei Meinungen leicht und sicher zu einer Mehrheit für eine davon. Die Abstimmungen können sich in folgender Art stellen:

1. bei fünf Richtern sind die Stimmen 2, 2 und 1. Der letzte muß einer der beiden anderen Meinungen beitreten und dann ist eine Majorität da.

2. Von sechs Richtern stimmen

a. zwei für jede der drei Meinungen. Dieser Fall muß als Stimmengleichheit bei zwei Meinungen behandelt werden, da keine Zahl die geringste ist, welche sich einer anderen anschließen müßte. Das jüngste Mitglied scheidet aus und das mit ihm stimmende schließt sich einer der beiden anderen Meinungen an, wie Nro. 1.

b. Drei stimmen für die erste, zwei für die zweite und einer für die dritte Meinung. Der letzte muß sich einer der beiden anderen Meinungen anschließen und wenn es die erste ist, welche er wählt, so ist eine Mehrheit da und wenn es die zweite ist, so ist Stimmengleichheit da, worauf der jüngste ausscheidet.

3. Bei sieben Richtern sind die Stimmen
a. 3, 3 und 1. Hier wird verfahren wie bei Nro. 1.
b. 3, 2 und 2. Hier wird der Fall wieder wie Stimmengleichheit behandelt, weil unter den beiden letzten Zahlen keine die geringste ist. Für beide wird dann weiter nach Nro. 2 a und b verfahren.

So bekommt man ohne neue Verhandlung immer Stimmenmehrheit.

Für die Urtheilsfindung ist es von großer Wichtigkeit, wie die Fragen zu stellen sind, über welche berathen und beschlossen werden soll. A klagt gegen B auf Entschädigung aus einer unerlaubten Handlung. B läugnet die That, die Gesetzwidrigkeit und den Schaden. Von sechs Richtern sagen die beiden ersten: die That ist erwiesen, auch der Schaden, aber B war in seinem Recht. Zwei andere sagen: B ist nicht der That überwiesen, die allerdings gesetzwidrig war und auch Schaden verursacht hat. Die beiden letzten sagen: B war der Thäter und seine Handlung gesetzwidrig; aber es ist kein Schade entstanden. Werden sie bloß gefragt: ob der Verklagte freigesprochen werden soll, so sind sie alle einstimmig. Wird aber die Klage in ihre Elemente aufgelöst und über jedes abgesondert abgestimmt, so ergibt sich für jedes eine Mehrheit von vier Stimmen gegen zwei. Verurtheilung oder Freisprechung des Verklagten hängt bloß von der Art der Abstimmung ab. Da jeder Kläger den faktischen Klagegrund angeben und auf das Läugnen seines Gegners beweisen muß, da auch der Richter nicht anders über die Rechtmäßigkeit einer Klage entscheiden kann, als nach Untersuchung dieses Klagegrundes, so scheint die zweite Art die richtige Abstimmung zu sein.

2. Für die Abfassung des Urtheils gehen wir von der Voraussetzung aus, daß der Richter den Partheien Gründe geben muß, die nur bei einer Entscheidung durch Geschworene entbehrlich sind. Die Logik macht die Anforderung der Klarheit und Ordnung an sie, ohne aber ihre äußere Form zu bestimmen, welche sich nach dem Umfang des zu bearbeitenden Materials richtet. Man kann die Gründe entweder der Sentenz einschalten oder ihr folgen lassen. Die erste Methode genügt bei einfachen Sachen, also bei denen, welche mündlich instruirt werden, ferner bei Zwischenurtheilen über Provisorien, Incidentpunkte und Beweise. Insbesondere kann der Richter bei persönlichen Klagen sein Urtheil auf die Ladung schreiben, wodurch ihm die Mühe erspart wird, das zu wiederholen was in der Klage steht. Für Endurtheile in schriftlich instruirten Prozessen genügt diese Methode nicht, die

für ein großes Material viel zu schwerfällig ist. In einer langen Reihe faktischer und rechtlicher Erwägungsgründe ist es schwer, Ordnung zu erhalten und die Partheien verlieren die Uebersicht, empfangen also die Belehrung nicht, welche die Bestimmung der Gründe ist. Man muß dem menschlichen Verstande keine Gewalt anthun und in der Logik ist es natürlichen Rechtens, daß jeder Gedankengang in fortlaufender direkter Rede dargestellt werde.

Wenn ein Kollegium zu entscheiden hat, so ist es in der Regel ein Mitglied, welches das Urtheil ausarbeitet. Auch in Deutschland arbeitet Einer als Referent das Urtheil aus. Aber der Unterschied ist groß. Die Erklärungen der Partheien und der Inhalt der Beweisthümer sind das Material der richterlichen Entscheidung. Wo die Partheien in mündlicher Rede ihre Vertheidigung führen, da werden auch die Klage, deren Beantwortung, die Anträge und die Urkunden den Richtern vorgelesen, wenigstens in ihren erheblichen Theilen. Sämmtliche Richter empfangen gleichzeitig das gesammte Material ihrer Entscheidung im Original (wenn man so sagen darf) keiner mehr oder weniger oder in veränderter Gestalt. Das was sie auf diese Weise gemeinschaftlich empfangen haben, ist der Gegenstand ihrer Bearbeitung in der Berathung, aus welcher der Beschluß hervorgeht und der Verfasser des Urtheils thut daher nichts mehr, als den schon fertigen Beschluß und die schon angenommenen Gründe in Schriften niederzulegen. Er gibt der schon bestehenden Sache die Form. Wie das Urtheil ausfallen möge, die Partheien haben die Beruhigung, daß ihre ganze Vertheidigung an die Richter gelangt ist und sie glauben darum mehr an die Gerechtigkeit der Entscheidung. Wenn dagegen in Deutschland die Akten voll geschrieben sind, so wissen sie, daß irgend etwas mit ihrem Prozesse vorgeht, das ein tiefes Geheimniß für sie bleiben soll und daß aus der geheimen Fabrik am Ende ein Urtheil hervorkommt, von dem sie nicht erfahren können, wie es geworden, mit welchem Ernst oder welchem Leichtsinn ihre Angelegenheit behandelt ist, ja wie viel Richter ihre Gründe und Beweise nur gehört und verstanden haben. Die Richter sehen und hören von den Partheien nichts, einer allein liest die Akten und verfertigt einen Auszug daraus in Form eines Berichtes und der Inhalt dieses Berichtes ist das einzige Material, worauf die Entscheidung gegründet wird. Wenn die Instruktion von Anfang bis zu Ende schriftlich erfolgen soll, so ist alles Geschriebene das Material für den erkennenden Richter und daraus folgt, daß jeder derselben die Akten durchlesen und auf deren Grund berathen und abstimmen muß. Aber freilich,

die Gerichte müßten dann einen kleinen Bezirk und eine große Anzahl Richter haben, oder das schriftliche Verfahren hätte schmählich Bankerott gemacht. Diese Einrichtung kostet zu viel; wohlfeiler, kürzer und bequemer ist es, lieber die Gerechtigkeit und die Rechte der Partheien zu verletzen, als die schöne Erfindung des Referirens fahren zu lassen. Wenn man nun überdies aus eigener Erfahrung weiß, wie bei den meisten mit Geschäften überladenen Gerichten der Referent arbeitet, wie die anderen zuhören, mit welcher Geschwindigkeit sie ihm beistimmen (erga reciproca), so muß man anerkennen, daß die Partheien ganz Recht haben, wenn sie die Gerichte für Glücksbuden ansehen, in denen Loterie gespielt wird. Das Verfahren hat in Deutschland das allgemeine Mißtrauen in die Gerichte verschuldet und wo es besser ist, da ist es das persönliche Verdienst der Richter.

Die französische Prozeßordnung hat das sonderbarste System über Abfassung der Urtheile an den Tribunalen und Appellhöfen. Die Partheien machen den faktischen, die Richter den rechtlichen Theil. Nämlich der Anwalt der obsiegenden Parthei verfertigt die Qualitäten, welche enthalten die Namen, Gewerbe und Wohnort der Partheien, deren Anträge (in der Klage und der Antwort) und eine kurze Angabe der faktischen und Rechtspunkte. Art. 142. Ein Huissier theilt dem oder den Gegenanwälten Abschrift davon mit, welche binnen 24 Stunden Opposition einlegen können, wenn sie mit der Abfassung nicht einverstanden sind. Ein Richter entscheidet über den Widerspruch (regulirt die Qualitäten). War keine Opposition erhoben oder ist darüber entschieden, so legt jener Anwalt die Qualitäten bei dem Gerichtsschreiber nieder, welcher das Urtheil bereits in das Sitzungsprotokoll eingeschrieben hat. Die Ausfertigung ist eine beglaubte Abschrift jener Qualitäten und dieser Entscheidung. Wäre die ganze Arbeit aus einem Gusse, so wäre diese Methode schon verkehrt genug. Denn faktische und rechtliche Gründe lassen sich nicht so vollständig von einander trennen, daß man jene auf die linke, diese auf die rechte Seite stellen kann, sondern sie müssen mit einander verbunden werden, wie es die jedesmalige Materie mit sich bringt. Wer das Urtheil aus ihm selbst verstehen will, muß fortwährend von den Rechtsgründen auf die Qualitäten, von diesen auf jene zurückgehen und das zusammen gehörende neben einander stellen. Da nun aber zwei Verfasser der Urtheile da sind, so findet man oft nicht die gehörige Uebereinstimmung in ihrem Werk. Zu den Rechtsgründen fehlen die faktischen Momente und manche faktische Umstände finden in den Gründen keine Beurtheilung. Nicht selten wider-

spricht das eine dem anderen. In der Praxis zeigen sich noch ganz andere Mängel. Die Anfertigung der Qualitäten ist nämlich größtentheils eine bloß mechanische Arbeit, bestehend in einer Abschrift prozessualischer Aktenstücke in der gehörigen Auswahl. Diese Arbeit überlassen die Anwälte gewöhnlich ihren Schreibern, welche es nicht besser machen, als sie können. So ist denn ein vollständiges Urtheil der französischen Gerichte das geschmackloseste Ding. Die Genfer Prozeßordnung hat diese Art der Abfassung der Urtheile nicht beibehalten und schon bei der Ausarbeitung der französischen hatten neun Appellhöfe sich dagegen ausgesprochen. Aber die Verfasser derselben blieben bei dem, was sie vorgefunden hatten.

3. Eine gute Executionsordnung ist keine leichte Aufgabe, weil der Gesetzgeber zwei widerstreitende Interessen vorfindet, die sich nicht vermitteln lassen, da sie unvereinbar sind und die doch beide Berücksichtigung fordern. Der Gläubiger hat sein Recht erstritten und verlangt Befriedigung, so bald wie möglich. Der Schuldner ist verurtheilt, leistet aber nicht freiwillig, weil ihm die Mittel fehlen, oder weil er sie für den Moment nicht herbeischaffen kann. Er verlangt nicht nur die Beobachtung der Gesetze der Menschlichkeit gegen sich, sondern auch einige Schonung, damit die Größe des ihm durch Zwangsmittel zugefügten Nachtheils in einem richtigen Verhältniß zu der Größe seiner Verbindlichkeit stehe und er nicht auf einmal ruinirt werde. Welches von diesen widerstreitenden Interessen soll der Gesetzgeber mehr begünstigen? Unbedenklich das des Gläubigers. Zuerst lehrt die Erfahrung, daß jeder Verurtheilte zur Ersparung fernerer Kosten und zur Erhaltung seines Kredits freiwillig leistet, wenn es ihm irgend möglich ist und man kann als Regel annehmen, daß Niemand ohne Noth Zwangsmittel über sich ergehen läßt. Die meisten Schuldner, welche nicht freiwillig leisten, sind bereits vermögenslos in dem Sinne, daß die Passiva die Aktiva übersteigen und solche verschuldete Leute kann die äußerste Milde des Gesetzes doch nicht mehr retten. Vorzüglich aber ist es Handel und Industrie, welche zu ihrer Belebung zuerst ein einfaches und schnelles prozessualisches Verfahren und dann eine kräftige Ausführung der gerichtlichen Urtheile erfordern. Dies ist die Bedingung des Kredits, der Seele jedes Verkehrs. Wer sein Geld einem anderen anvertraut, dem ist es nicht genug, daß ihm der Gebrauchswerth in den Zinsen vergütet wird. Er denkt auch schon im Voraus daran und berechnet, wie er es zurückbekommen kann. Mit jedem Zeitverlust, mit jeder Unzulänglichkeit des Verfahrens steigert sich die Gefahr des Verlustes, die durch vermehrte Sicherheit und er-

höhte Vortheile ausgeglichen werden muß, so daß der Schuldner den menschenfreundlichen Schutz des Gesetzes während der Execution immer theuer bezahlen muß. Die Erleichterung des Kredits, welche aus einer guten Prozeßordnung folgt, ist nicht bloß der Vortheil des Gläubigers, sondern eben so sehr des Schuldners, der dadurch leichter und wohlfeiler Kredit findet. Da nun jeder Kaufmann allemal Gläubiger und Schuldner zugleich ist, da er seine Verbindlichkeiten nicht erfüllen kann, wenn andere mit den ihrigen zurückbleiben, so sieht man wohl, welches Verfahren sie wählen würden, wenn ein Gesetzgeber sie darum befragen wollte *).

Das Urtheil macht das Gesetz zwischen den Partheien und die Leistung, deren der Verklagte schuldig erkannt ist, wird unmittelbar gegen ihn erzwungen. Die Vollziehung hängt von dem freien Willen des Gläubigers ab, der sie nur nicht selbst bewirken kann, sondern den beauftragen muß, dem das Gesetz dies Geschäft übertragen hat. In Deutschland beauftragt der Gläubiger zuerst das Gericht, welches den Executor weiter beauftragt; in Frankreich vollzieht der Huissier aus Auftrag der Parthei das Urtheil, wie ehemals in Deutschland der Frohnbote. Jenes System wird von den deutschen Rechtslehrern welche für alle Verkehrtheiten Rechtsgründe zu finden wissen, als eine Fortsetzung des Hauptverfahrens, als eine Art Kontumazialverfahren gegen den ungehorsamen Schuldner angesehen und deshalb ganz gut und zweckmäßig gefunden. Aber der judex, posteaquam semel sententiam dixit, postea judex esse desinit. L. 55. D. de re jud. Die Anwendung der physischen Macht, um die Vollziehung des Urtheils zu erzwingen, ist dem richterlichen Beruf völlig fremd und ausschließlich die Aufgabe der ausführenden Gewalt im Staate. Sie gebührt daher den Organen dieser Gewalt, zu denen der Richter erniedrigt wird, wenn er im Auftrag, also in den Diensten einer Parthei eine bloß mechanische Arbeit übernehmen muß. Denn etwas anderes ist sie nicht. Und was ist mit dieser Erniedrigung des Richters zum Diener der Partheien gewonnen? Er geht doch nicht selbst, sondern schickt den Exekutor. Nun sieht man in der That keinen Grund, warum die Aufträge nicht unmittelbar von der Parthei an den Executor gehen und was die

*) Viele auf der linken Rheinseite wohnende Kaufleute gehen mit denen auf der rechten wohnenden nur unter der Bedingung Geschäftsverbindungen ein, daß ihnen ein auf der linken Rheinseite wohnender solidarischer Bürge bestellt werde. In der That eine glänzende Lobrede auf das deutsche Verfahren.

Vermittelung des Richters hier zu thun hat. Das verderblichste für die Partheien bei dieser Einrichtung ist aber die Abhängigkeit des Gläubigers von dem guten Willen des Richters, die Unsicherheit des Verfahrens und der große Zeitverlust. Schriftlich wird das Exekutionsgesuch dem Richter eingereicht, schriftlich erfolgt dessen Auftrag an den Exekutor, schriftlich berichtet derselbe und schriftlich ertheilt jener Nachricht von dem Erfolge. Das Alles geht sehr langsam und überdies kann der Richter noch Fristen bewilligen. Der Gläubiger kann ihn wohl um Beschleunigung bitten, aber nicht dazu anhalten und wiederholte Bitten tragen ihm Grobheiten ein. Mit dem Exekutor steht er in keinem unmittelbaren Verhältniß und wenn dieser langsam vorwärts geht oder wohl gar den Schuldner heimlich begünstigt, so muß er wieder den Richter angehen, bei welchem eine schriftliche Instruktion der Beschwerden beginnt. Diese hülflose Lage der Gläubiger, diese ihre Abhängigkeit von ihren Beauftragten macht ihnen allen das Exekutionsverfahren widerwärtig und so lange dasselbe in Deutschland besteht, ist an keine gründliche Verbesserung des Gerichtswesens und namentlich an keine größere Beschleunigung zu denken. Alle innere und äußere Gründe dringen auf dessen Abschaffung und auf die Rückkehr zu den alten Frohnboten.

Der Herold (nach unserer Benennung) ist der unmittelbare Beauftragte der Parthei, die es bei Ertheilung des Auftrags in der Gewalt hat, die Bedingungen vorzuschreiben, unter denen das Geschäft ausgeführt werden soll, in welcher Frist, was und bei wem gepfändet, welche Forderungen gesperrt, ob ein Grundstück in Beschlag genommen oder der Schuldner verhaftet werden soll. Diese Einrichtung ist der einzig mögliche Weg, um mit einer schnellen und sicheren Vollziehung den allgemeinen Kredit zu heben, wovon oben die Rede war. Das Urtheil ist der neue Titel für die Forderung, die Ausfertigung desselben die Urkunde, welche zur Vollziehung ermächtigt und der Auftrag des Gläubigers die Legitimation für den Herold. Entstehen Schwierigkeiten, so läuft der Schuldner nicht zum Richter und führt Beschwerde, sondern er ladet den Gläubiger vor und der Richter entscheidet, wie in jedem andern Prozesse, zwischen zwei streitenden Theilen. Jede Ausfertigung eines Urtheils bildet einen vollziehbaren Titel und das ganze Verfahren muß auf Gefahr des Gläubigers gehen, darum aber auch ganz seinem Willen überlassen sein. Eine Beschränkung dieses Grundsatzes ist durch die Suspensivkraft der Berufungsfrist nicht geboten. Die Prozeßordnung nämlich wird

alle Vollziehungsakte vor der Rechtskraft für nichtig erklären, welche Nichtigkeit der Richter auf die Opposition des Schuldners erkennen wird. Der Herold, welchem eine Ausfertigung zur Vollziehung übergeben wird, braucht nach der Rechtskraft des Urtheils nicht zu fragen. Er kann dies nicht beurtheilen und am wenigsten steht ihm eine Entscheidung darüber zu. Er hat sich nur an den Auftrag des Gläubigers zu halten, den die Ausfertigung seines Urtheils ermächtigt, trotz allem Widerspruch so lange mit der Vollziehung fortzufahren, bis ein gerichtliches Urtheil ihm Stillstand gebietet. Ohne diese Befugniß würden schlechte Schuldner die Vollziehung durch unbegründete Oppositionen, durch Einwendung nichtiger oder erloschener Rechtsmittel so lange verzögern, bis sie selbst mit dem Rest ihres Vermögens verschwunden wären und der Gläubiger zum Verlust seines Geldes noch ausgelacht würde.

Ein Gesetzgeber, der dies System verschmäht, entsage aller Hoffnung auf Befriedigung der Bürger mit der Handhabung des Rechts.

# XVII.

## Von Vergleichen und Schiedsrichtern.

Jede Gesetzgebung begünstigt mit Recht den **Vergleich**. Denn Prozesse sind wirklich ein Uebel in der bürgerlichen Gesellschaft, weniger wegen verlorener Mühe und Kosten, als wegen der Erbitterung, die zwischen den Partheien gesäet wird, wegen des Hasses und der Feindschaft, die oft mit der Erbschaft auf die Nachkommen übergeht. Jede Parthei glaubt Recht zu haben und hofft auf den Sieg und die unterliegende empfindet ihre Verurtheilung als ein ihr persönlich zugefügtes Unrecht, als einen Raub des Gegners an ihrem guten Recht. Eigensinn und verletzte Eitelkeit verschärfen diese Empfindung. Diese Gründe zu Erbitterungen fallen weg, wenn ein Vergleich den Prozeß beendet. Denn dessen Abschluß war freier Wille und jede Parthei hat die Beruhigung, großmüthig ein Opfer des Friedens wegen gebracht zu haben. Nun kann ein Vergleich nur von einem Richter allein versucht werden und wenn der Versuch in der Sitzung eines richterlichen Kollegium's gemacht wird, so ist es der Präsident allein, der sich damit befaßt. Sodann müssen die Partheien in Person gegenwärtig sein, denn daß sie Bevollmächtigte mit hinreichender Instruktion schicken, darauf ist gar nicht zu rechnen. Der Richter, welcher seinen Namen als Friedensrichter verdienen will und für diesen seinen Beruf keine Mühe scheut, kann bloß zum Versuch des Vergleichs die persönliche Erscheinung der Partheien verordnen, wenn ihm die Partheien und ihre Streitsache zu diesem Versuch geeignet erscheinen. Dies sind wiederum sehr gewichtige Momente für das System der Einzelrichter.

In dem französischen Prozesse vor den Tribunalen findet sich während dessen ganzer Dauer keine passende Stelle, wo der Vergleichsversuch einzuschalten war. Da er aber nach den zur Zeit der Ausarbeitung der Prozeß-Ordnung herrschenden Ansichten ein

wichtiges und unentbehrliches Ding war, so hat man ihn an die Spitze des Prozesses gestellt und dies Geschäft den Friedensrichtern übertragen. Diese Einrichtung hat sich nicht bewährt und ist längst zu einer leeren Förmlichkeit herabgesunken. Zuerst sind die Partheien nicht verbunden, persönlich gegenwärtig zu sein. Wer gar nicht kommen will, kann sich mit der geringen Geldbuße von 10 Frcs. loskaufen und wer nicht selbst kommen will, schickt einen Bevollmächtigten und vereitelt damit jede Bemühung des Richters, der deswegen auch gar keine versucht. Vorzüglich aber ist es Mangel an Autorität, warum die Absicht des Gesetzes unerfüllt bleiben muß. Der Richter hat keine Gerichtsbarkeit in den Sachen, in denen die Partheien zum Vergleichsversuch vor ihm erscheinen. Er ist nichts mehr wie freundlicher Rathgeber, er ermahnt zum Frieden, er warnt vor den Folgen des Prozessirens, er bewegt sich in allgemeinen Redensarten, er kann aber keinen Vorschlag machen, und noch nicht einmal eine Meinung äußern. Mit einer solchen Friedensstiftung hätte der Gesetzgeber besser die Geistlichkeit beauftragt. So ist dieser Sühneversuch jetzt nichts, wie eine leere Förmlichkeit, die einmal durchgemacht werden muß, damit der Akt über den mißlungenen Vergleichsversuch den Partheien als Paß diene, mit dem sie versehen sein müssen, um Eintritt in den Tempel der Gerechtigkeit zu erlangen, wie die Motive zur Genfer Prozeß-Ordnung sagen, die auch diese Einrichtung abgeschafft hat.

Der von den Partheien unterschriebene Vergleich muß die Kraft eines rechtskräftigen Urtheils haben, was gar kein Bedenken hat, wenn er vor dem Richter abgeschlossen wird, welcher die Gerichtsbarkeit hat. Denn er soll ja eben das Erkenntniß vertreten und darum dasselbe entbehrlich machen. Nach der französischen Prozeß-Ordnung Art. 51 hat er nur die Wirkung eines Privatvertrages: er ist also nicht vollziehbar, sondern es muß auf Erfüllung geklagt werden. Diese Vorschrift stimmt zwar mit der amtlichen Stellung des Friedensrichters als Vermittlers überein, aber die Partheien gewinnen damit nichts, da an die Stelle des verglichenen Prozesses ein anderer durchzumachen ist, wenn der Schuldner nicht freiwillig leistet.

Das Kompromiß über Schiedsrichter ist ein Vergleich, wenigstens ein vergleichsähnlicher Vertrag. Zwei uneinig gewordene Bürger vereinigen sich freundschaftlich, dem Manne ihres beiderseitigen Vertrauens die Entscheidung ihrer Streitigkeit anzuvertrauen, der Gewählte wird den Handel ohne die ermüdenden Förmlichkeiten des ordentlichen Prozesses untersuchen und

ihn ohne Zeitverlust als Freund unter Freunden nach der Billigkeit entscheiden. Welch' ein rührender Gedanke, in den sich gewöhnlich noch die Voraussetzung hineinschleicht, daß beide Partheien befriedigt werden und sich höchst glücklich fühlen, in einem Zeitalter zu leben, wo man auf eine so leichte, einfache und patriarchalische Weise zu seinem guten Recht gelangen kann. Dieser Schein hat die Franzosen wirklich verleitet, an dessen Wahrheit zu glauben. Die Nationalversammlung sagt in dem Gesetz vom 16. August 1790 Kap. 1. Tit. 1. l'arbitrage étant le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens, les legislateurs ne pourront faire aucune disposition, qui tendrait à diminuer soit la faveur, soit l'efficacité des compromis. Dasselbe Gesetz übertrug Schiedsrichtern, die unter den Verwandten, Freunden und Nachbarn der Partheien zu wählen waren, die Entscheidung über alle Streitigkeiten zwischen Ehegatten, den nächsten Verwandten und Verschwägerten und zwischen Vormund und Mündel. Der Konvent ging noch weiter und verwandelte alle Richter in Schiedsrichter, die entweder freiwillige von den Partheien gewählte waren oder öffentliche vom Volk ernannte. Streitigkeiten über abgeschaffte lehnsherrliche Lasten, über Gemeindegüter und über Erbschaften und Geschenke mußten von Schiedsrichtern entschieden werden. Der Traum ging schnell vorüber und mit dem Gesetze vom 9. Ventose J. IV kehrte man zu den ordentlichen Gerichten zurück trotz allem Verbot an die künftigen Gesetzgeber, jemals die Wirksamkeit der Schiedsrichter zu schmälern. Die Prozeßordnung Art. 1003 ff. erlaubt den Partheien die Wahl von Schiedsrichtern in Streitigkeiten über Rechte, worüber sie die freie Disposition haben und nur in einem Falle sind sie geboten, nämlich bei Streitigkeiten zwischen Handelsgesellschaftern. Art. 51 des H.-G.-B.

Bei keinem anderen Gegenstande steht die Praxis in einem so schneidenden Gegensatz gegen die Theorie und widerlegt die Erfahrung allgemeiner und handgreiflicher das, was theoretische Gesetzgeber sich über den Erfolg ihrer Spekulationen eingebildet haben. Was der Gesetzgeber als ein Ideal aufstellt, das wird von den Partheien verschmäht; denn sie machen keinen Gebrauch von ihrer Befugniß, Schiedsrichter zu wählen. Warum nicht? Weil die Schiedsrichter niemals unpartheiisch und überdies völlig unfähig zur Erfüllung ihrer Aufgabe sind (es wären denn Juristen). Wie die freiwilligen es machen würden, ersieht man aus dem Verfahren der zwangsmäßigen. Jede Parthei wählt einen Freund und diesem ist schon vor der Wahl so viel von dem Ge-

genstand des Streits erzählt, daß er längst von der Richtigkeit der Forderungen seines Freundes überzeugt ist, noch ehe die Untersuchung derselben begonnen hat, folglich eben so überzeugt von der Grundlosigkeit und Unbilligkeit der Ansprüche des Gegners. Erfüllt von solchen Vorurtheilen ist jeder mehr der Vertheidiger seines Freundes, wie unbefangener Richter beider Partheien. Und auch dann, wenn er vor seiner Wahl nicht ein Wort von dem Gegenstande des Prozesses gehört hätte, bleibt er in seiner schiedsrichterlichen Eigenschaft immer der Freund seines Freundes und glaubt das in ihn gesetzte Vertrauen durch ein möglichst günstiges Urtheil rechtfertigen zu müssen. Der Obmann muß dann die so weit aus einander gehenden Meinungen ausgleichen, was in der Regel mit einer Durchschneidung in der Mitte der Differenz geschieht. Das soll dann eine richterliche Entscheidung vorstellen! Nach der französischen Prozeßordnung Art. 1018 darf der Obmann noch nicht einmal nach seiner Ueberzeugung abstimmen, sondern er muß sich einer der beiden Meinungen anschließen, hielte er sie auch alle beide für ungerecht.

Sodann können die Schiedsrichter bei der Instruktion des Prozesses und der Beweisaufnahme nicht ganz formlos verfahren und die Entscheidung ist nicht ihrem willkührlichen Ermessen überlassen, sondern sie muß nach den bürgerlichen Gesetzen und den Regeln des Rechts erfolgen. Sie müssen die allgemeinsten Vorschriften über das prozessualische Verfahren und die gegenseitigen Rechte der Partheien darin beobachten, sie müssen für einzelne prozessualische Handlungen die dafür gegebenen Gesetze befolgen (denn die Parthei verlangt dies), sie müssen überdies die für den schiedsrichterlichen Prozeß gegebenen Vorschriften in Verbindung mit jenen Grundsätzen und Vorschriften zur Ausführung bringen. Man lese die Art. 1003—1028 der französischen Prozeßordnung durch und man wird erstaunen über die Förmlichkeiten, mit denen dies Verfahren und die Rechte der Partheien gesichert werden sollen. Einer solchen Aufgabe sind die Schiedsrichter nicht gewachsen, es wäre denn, daß ausübende Juristen ernannt wären. Die Folge des formlosen Verfahrens ist die Anfechtung des Urtheils wegen Nichtigkeiten und die Partheien, statt das Ende ihres Prozesses zu sehen, kommen dahin zurück, wo sie vor dem Kompromiß waren und müssen von vorn wieder anfangen.

Die Erfahrung lehrt, daß sie sich oft dem Urtheil der ordentlichen Richter unterwerfen und keine Berufung einlegen, während die der Schiedsrichter in der Regel mit allen möglichen Mitteln angefochten werden. Jene haben Autorität, diese nicht, jene haben

die Vermuthung der Richtigkeit ihrer Entscheidungen für sich, diese nicht; im Gegentheil macht ihre Unfähigkeit die von ihnen ausgetheilte Gerechtigkeit einer Loterie ähnlicher, welche die Hoffnung eines günstigeren Urtheils erregt. Jede Parthei, welche zu prozessiren einmal entschlossen ist, hofft auf den Sieg, mag sie von ihrem Recht überzeugt sein oder auch sogar von ihrem Unrecht. Das Interesse verblendet sie, sie will ihren Prozeß gewinnen und dies ist in ihrer Seele die Bedingung, unter welcher sie sich auf ein Verfahren vor Schiedsrichtern einläßt. Die unterliegende Parthei geht nun sogleich den ordentlichen Richter an, die ganze Instruktion wird durchsucht, um Nichtigkeiten zu finden, alle ordentlichen und außerordentlichen Rechtsmittel werden aufgeboten, um die schiedsrichterliche Entscheidung wieder zu vernichten und so haben die Partheien oft zwei Prozesse für einen.

Wenn das prozessualische Verfahren zweckwidrig ist, viel Kosten verursacht, viel Zeit verdirbt und der Richter Herr des Prozesses ist, dessen Ermessen und oft dessen Launen die Partheien unterworfen sind, dann kann das Verfahren vor Schiedsrichtern zuweilen das relativ bessere sein. Wenn dagegen die Prozeß-Ordnung so eingerichtet ist, daß jede Parthei leicht und schnell zu ihrem Recht gelangen kann, dann ist kein Bedürfniß für Schiedsrichter da, wohl aber Veranlassung, ein Verfahren unberücksichtigt zu lassen, das keinen Nutzen gewährt, wohl aber positiven Nachtheil mit sich bringt. Jede Gerichtsbarkeit ist ein Hoheitsrecht und muß als solches der Disposition der Partheien entrückt sein. Wer die Hülfe des Staats anruft, der wende sich an die Staatsanstalt, welche zur Hülfe des Rechtes geschaffen ist, bekleide aber nicht seine Freunde mit obrigkeitlicher Gewalt, die er hinterher doch nicht anerkennt.

Der einzige Vertrag, welchen die Gesetzgebung den Partheien über die Gerichtsbarkeit erlauben kann, ist der Verzicht auf die erste oder zweite Instanz, also der Vergleich, daß das Friedens- oder das Landgericht rechtskräftig entscheide.

# XVIII.

## Von Handelsgerichten.

Das Handelsrecht stammt aus Italien und bestand in den Gewohnheiten, welche die Kaufleute über ihre Geschäfte und deren rechtliche Wirkung sich bildeten und an denen sie wie an Gesetzen festhielten. Es war ungeschriebenes Recht und ging in alle Länder über, mit denen die italienischen Kaufleute Verbindungen anknüpften. So kam es auch nach Frankreich, aus welchem unsere heutigen Handelsgerichte abstammen. Die den einzelnen Städten (zuerst im südlichen Frankreich) ertheilten Meß-Privilegien hatten die Einführung der Konsular-Jurisdiktion (der späteren Handelsgerichte) im Gefolge, die zwei Umständen ihr Dasein verdanken:

1. dem elenden Gerichtswesen,
2. der Eigenthümlichkeit des Handelsrechts.

Der äußerst langsame Gang des ordentlichen Prozesses, die Menge der Instanzen, die Bestechlichkeit der Richter, die Ränke der Prokuratoren und der Mißbrauch der Formen gaben die erste Veranlassung zur Bestellung zweier Kaufleute als Aufseher, gardes de la foire, welchen die Polizei über den Markt und die Gerichtsbarkeit*) über die Kaufleute in der Art übertragen wurde, daß sie beide nur gemeinschaftlich handeln und entscheiden konnten. Ohne schnellen und wirksamen gerichtlichen Schutz ist jeder Gläubiger gefährdet und der Kaufmann schließt in der Messe keine Geschäfte mit fremden Kaufleuten ab, wenn er seinen Schuldner vor dessen entfernt wohnenden Richter verfolgen, lange Zeit mit einem großen Kostenaufwand prozessiren muß und am Ende durch Ränke und Untreue sein gutes Recht verliert. Durch ein schlechtes

*) connaissance des cas et contrats advenus ès dites foires. Patent Philipp's von Valois vom Jahre 1349.

gerichtliches Verfahren ist die Seele des Handels, der Kredit, gelähmt, der allgemeine Verkehr also vermindert. Ist ein solcher Schutz überall wünschenswerth, so ist er hier Bedingung der Existenz. Da man nun eine allgemeine Verbesserung des Gerichtswesens nicht durchführen konnte oder wollte, so wurde sie wenigstens dort versucht, wo sie unabweisliches Bedürfniß war, weil sonst das ganze Meß-Privilegium nutzlos wurde.

Aus den beiden gardes des foires wurden bald fünf Handelsrichter, von denen der erste juge, die vier anderen consuls hießen und die von den Kaufleuten des Handelsplatzes gewählt wurden.*) Man konnte keine Handelsgerichte mit königlichen Richtern errichten, sondern die Wahl von Kaufleuten war eine gebieterische Nothwendigkeit. Denn das Handelsrecht als ungeschriebenes Recht war den Rechtsgelehrten völlig unbekannt und sie kannten nichts von allen den Geschäften und den über jedes anerkannten Regeln, über die sie hätten entscheiden sollen. Ja, sie waren nicht einmal in der Möglichkeit, jene Kenntnisse noch zu erwerben, es wäre denn, daß sie zuvor als Lehrlinge in ein Handelshaus hätten eintreten wollen. So blieb es bis zur Revolution. Den damaligen Konsulats-Gerichten gab das Gesetz vom 16. August 1790 den Namen der Handelsgerichte, deren Richter gewählte Kaufleute blieben.

Beide Ursachen zur Einrichtung besonderer Handelsgerichte sind längst verschwunden und rechtfertigen sie heute nicht mehr. Das Verfahren vor den ordentlichen Gerichten ist in einigen Theilen Deutschlands schon erträglich geworden und wo es noch im Argen liegt (wie leider im größten Theil), da kann es sogleich verbessert werden, sobald den Gesetzgeber der gute Wille dazu überkommt. Auch ist das Handelsrecht kein ungeschriebenes nur im Gedächtniß der Kaufleute beruhendes Recht mehr. Es ist überall in Gesetzbüchern abgefaßt und zahlreiche Sammlungen gerichtlicher Entscheidungen und Kommentare machen jedem Juristen das Studium dieses Rechtes zugänglich. Die im Mittelalter bestandene Nothwendigkeit, Kaufleute als Handelsrichter zu wählen, beweist daher gegenwärtig unter völlig veränderten Umständen nichts mehr für die Fortdauer derselben Nothwendigkeit. Es fragt sich: ob allgemeine und für alle Verhältnisse gültige Gründe da sind, welche rathsam machen, daß Kaufleute mit Ausschluß der Juristen über Handelsgeschäfte entscheiden.

Als solche führt man an: daß die richtige Bestimmung der

---

*) Edikt Karls IX. vom November 1563.

Rechte und Verbindlichkeiten aus einem Handelsgeschäft das Verständniß eben dieses Geschäftes, die Kenntniß der Waare voraussetze, daß die auf den verschiedenen Handelsplätzen nicht immer gleichen Gewohnheiten und Gebräuche der Kaufleute und selbst das Verständniß der in der Handelswelt üblichen Ausdrucksweise, ja sogar eines einzigen Worts technische Kenntnisse erfordern, die nur der Kaufmann besitzt, nicht der Jurist als solcher, die gleichwohl zur richtigen Entscheidung über ein Handelsgeschäft unentbehrlich sind, daß also das Urtheil in diesen Gegenständen den Technikern anvertraut werden muß. Alle diese Gründe sind wahr, indeß nur in einem sehr beschränkten Umfange. Wer mit ihnen die Nothwendigkeit der aus Kaufleuten bestehenden Handelsgerichte beweisen will, der geht von zwei irrigen Voraussetzungen aus. Die erste ist, daß jene technischen Kenntnisse überall, wenigstens in den meisten Fällen, die Entscheidung an die Hand geben. Dem ist aber keineswegs so. In der Wirklichkeit werden die meisten Prozesse aus den Thatsachen oder aus den Beweisen oder rein aus dem Civilrecht entschieden; die wenigsten Streitfragen (etwa fünf Procent) erfordern technische Kenntnisse. Die zweite irrige Voraussetzung ist die, daß jeder Kaufmann auch die Technik in jedem Geschäfte kenne. Das ist aber nicht möglich, weil der ganze Handelsverkehr sich in viele Gegenstände theilt und jeder Kaufmann in der Regel nur einen betreibt. Der Fabrikant bekümmert sich nicht um die Schifffahrt, der Rheder und Versicherer nicht um die Fabrikation, und wenn etwa ein Handelsgericht, bestehend aus einem Banquier, einem Wollhändler und einem Fabrikanten, über den Umfang der Gewährleistung bei dem Verkauf südamerikanischer Wildhäute zu urtheilen hat, so erkundigen sich die Richter vorher bei den Technikern dieses Faches, nämlich Gerbern und Lederhändlern oder erfordern ein Gutachten von solchen Geschäftsleuten.

Man hört auch zuweilen die Schnelligkeit des Verfahrens als Argument für die Bildung der Handelsgerichte aus Kaufleuten geltend machen. Aber das eine hat mit dem andern nichts gemein. Denn Formen und Fristen (welche die Schnelligkeit bedingen) können und werden dieselben sein, mögen die Handelsgerichte aus Juristen oder Kaufleuten bestehen und die einen werden sie so gut handhaben, wie die anderen. Wenn die Prozeßordnung so eingerichtet wird, wie in diesen Abhandlungen angegeben ist, so wird kein Unterschied zwischen persönlichen Klagen vor den ordentlichen und den Handelsgerichten mehr bestehen, beide werden mit gleicher Schnelligkeit entschieden werden.

Will man, wie früher bemerkt worden, bloß objektiv und abgesehen von der Geschichte, unsere Frage untersuchen, so ist es einzig und allein die Quelle der Entscheidungen, aus der sie zu beantworten ist und so gestellt wird sie sich zu Gunsten des Civilrechts entscheiden, also gegen die Nothwendigkeit der Kaufleute als Handelsrichter. Man wird finden, daß diese weder die erforderliche Fähigkeit noch Unpartheilichkeit besitzen.

1. Das ganze Handelsrecht ist ein Theil des Civilrechts und nur eine Fortsetzung, eine Erweiterung, eine nähere Anwendung desselben auf eine gewisse Art bürgerlicher Geschäfte. Jeder Artikel desselben setzt das Civilrecht als bekannt voraus. Selbst die Abweichungen davon kann man ohne Kenntniß desselben nicht verstehen, so wie man überhaupt in keiner anderen Lehre die Ausnahme versteht, wenn man nicht im Besitz der Regel ist. Vorzüglich ist es das Obligationen-Recht, welches seine unmittelbarste Anwendung auf Handelsgeschäfte grade so findet, wie auf jedes andere bürgerliche Geschäft. Das System des Gesetzbuchs über das Obligationen-Recht ist nicht vollständig zu erlernen ohne dessen Quelle, das römische Recht und dessen Ausbildung durch die Doktrin; und die allgemeinen Regeln des Rechts und der Logik, welche die Anwendung erfordert, kann man kaum in Lehrbüchern, aber in keinem Gesetzbuch finden. Aus diesem Theil des Civilrechts kommen die feinsten und schwierigsten Rechtsfragen vor das Handelsgericht, deren Entscheidung den Scharfsinn des geübtesten Juristen in Verlegenheit bringt. Sodann muß noch die Kenntniß der Prozeßordnung hinzukommen und wenn auch die Gesetzgebung, wie die französische, von der (verfehlten) Voraussetzung des persönlichen Erscheinens ausgehend, noch so sehr bestrebt ist, das Verfahren vor den Handelsgerichten von prozessualischen Formen zu befreien, die Prozeßführung muß doch einmal nach Regeln geschehen und wenn der eine Theil sein Verlangen auf eine dieser Regeln gründet, so muß der Richter dieselben kennen, um über deren Anwendung eine Entscheidung zu geben. Der Handelsrichter hat also genau dieselbe Aufgabe, wie der ordentliche Civilrichter.

Das Civilrecht mit Einschluß des Prozeßrechts ist eine so umfassende und schwierige Wissenschaft, daß man nicht zu viel sagt, wenn man die Behauptung ohne Ausnahme hinstellt, daß nicht ein einziger Kaufmann als Handelsrichter im Besitz desselben ist. Wenn nun aber einmal das civilrechtliche Element so überwiegend ist und doch die Kaufleute dasselbe nicht inne haben, — woher nehmen sie es bei ihren Urtheilen? Vom Gerichtsschrei-

der. Dieser hat vor seiner Anstellung am Handelsgericht eine lange Schule durch die Friedens-, Land- und Handelsgerichte durchgemacht, er hat durch fortwährende Uebung die prozessualischen Formen inne und auch das Civilrecht so gut erlernt, als man es durch lange Beschäftigung damit ohne wissenschaftliche Vorbildung lernen kann. Dieser ist der wahre Handelsrichter. Er besorgt nicht bloß die Redaktion der Urtheile, sondern er ist auch der eigentliche Verfasser derselben, wenigstens allemal, wenn Fragen aus dem Civil- oder Prozeßrechte zu entscheiden sind Die Handelsrichter verkünden also als ihr Urtheil, was ihnen der Gerichtsschreiber gemacht hat. Will man die Probe über den Werth der aus Kaufleuten bestehenden Handelsgerichte machen, so nehme man ihnen nur den Gerichtschreiber und man wird sehen, in welcher Hülflosigkeit sie da stehen und welche verkehrte Urtheile aus ihnen hervorgehen. Auch mit dem Gerichtsschreiber werden oft die ersten Grundsätze des bürgerlichen Rechts verletzt und die Erfahrung zeigt, daß im Allgemeinen die Güte der handelsgerichtlichen Urtheile mit der guten Beschaffenheit der Gerichtsschreiber steigt und sinkt.

Diesem Mangel auf Seiten der Kaufleute steht bei den Juristen der Uebelstand gegenüber, daß diese einer gründlichen Uebung und Erfahrung in Handelsgeschäften entbehren und deßwegen in Irrthum verfallen können. Indeß ist dieser Uebelstand bei weitem geringer, wie der aus der Unkenntniß folgende und jener läßt sich mit der Zeit beseitigen, dieser nicht. Die jungen Juristen treten zuerst als Auditoren, dann als Anwälte ein und sie haben als solche vielfach Gelegenheit und Beruf, sich mit Handelsgeschäften aller Art bekannt zu machen. Die meisten Partheien erscheinen nicht persönlich, sondern durch Anwälte und ein tüchtiger Anwalt versteht eine Handelsfrage eben so gut zu behandeln, wie der Richter sie zu entscheiden. Ein Richter, der mit diesen Vorkenntnissen in sein Amt eintritt und dann fortwährend über Handelsgeschäfte entscheidet, wird in kurzer Zeit das lernen, was man bei einem Kaufmann als dessen Technik betrachten kann und er wird bald sein eigener Sachverständiger sein. Nicht aber umgekehrt und der Kaufmann, welcher eine lange Reihe von Jahren Handelsrichter war, mag wohl das positive Gesetz in sein Gedächtniß aufnehmen können, aber er wird nie mehr, wie eine lückenhafte Kenntniß des Civilrechts erwerben. Eine ganze Wissenschaft kann man nicht gelegentlich aus der Praxis erlernen. Dank der Theilung der Arbeit ist jeder Theil der Künste und Wissenschaften gegenwärtig zu einer so großen Vollkommenheit ausgebildet, daß

dessen Erwerb die Aufgabe eines ganzen Lebens ist. Die Zeiten sind vorüber, wo der Kaufmann nebenher den Richter spielen oder der Richter nebenher auch Kaufmann sein kann. Auch kann ein Jurist immerhin seine Unwissenheit in Gegenständen einer Kunst oder eines Handwerks eingestehen und Belehrung von Technikern fordern, ohne Ansehen und Vertrauen zu gefährden. Wie sollte es aber möglich sein, daß ein Handelsrichter ein Gutachten über eine Frage des Civilrechts erforderte? Wenn nun aber dennoch aus diesem die Entscheidung erfolgen muß? Er fragt den Gerichtsschreiber und bei dessen Rathlosigkeit wird er selbst das Recht zu errathen suchen.*)

2. Während die Kaufleute als Handelsrichter nicht die Fähigkeit besitzen, den rechtlichen Theil ihrer Aufgabe zu erfüllen, haben sie überdies nicht die erforderliche Unbefangenheit, welche zu einer völligen Freiheit des Urtheils gehört. Persönlich sind sie sehr ehrenwerthe Männer, alle rechtfertigen das Vertrauen, das ihnen durch die Wahl bewiesen ist, und niemals hört man den Verdacht einer absichtlichen Partheilichkeit äußern. Aber die Befangenheit ihres Urtheils liegt darin, daß sie eben dieselben Geschäfte treiben, über welche sie als Richter entscheiden sollen, daß fremde Verbindlichkeiten auch die ihrigen sind, daß also ihr Urtheil mittelbar auf sie selbst zurückwirkt und sie ein Interesse an der Entscheidung haben. Der wird kein unpartheiischer Richter sein, der weiß, daß über kurz oder lang dieselbe Verbindlichkeit, die er jetzt in seinem Urtheil als gültig erklärt, gegen ihn wird geltend gemacht werden. Nach der französischen Prozeßordnung Art. 378. Nro. 3 ist dies ein Rekusationsgrund gegen den Richter. Ueberdies hat jeder Kaufmann in seinen eigenen Angelegenheiten einen Anwalt als juristischen Rathgeber, nach dessen rechtlicher Meinung er sich richtet und alle Deduktionen gegen die entgegengesetzte Ansicht sind verlorene Mühe, weil der Richter bereits eine feststehende Meinung hat. Sein eigenes Interesse ist das Motiv bei allen Geschäften des Kaufmanns und dies führt ihn als Richter unbewußt dahin, die über Handelsverbindlichkeiten vorkommenden Fragen in dem ihm günstigsten Sinne zu entschei-

*) Oder ein dritter Fall: er erklärt sich wegen Rechtsunwissenheit inkompetent „in Erwägung, daß die Handelsgerichte nicht dazu da sind, zweifelhafte Rechtsfragen zu entscheiden," wie einst ein Handelsgericht sich aus der Verlegenheit heraushalf. Ein anderes Handelsgericht wies eine Wechselklage (also die eigentliche Technik des Kaufmanns) angebrachter Maaßen ab, ohne daß dies verlangt war, bloß um die Sache dem Apellhof zu überweisen, weil es sich selbst eine richtige Entscheidung nicht zutraute.

den, weil diese Seite der Sache ihm die einleuchtendste ist. Der Versicherer entscheidet im Zweifel gegen den Versicherten, der Kommittent gegen den Kommissionär und diese wieder im umgekehrten Sinne.

Was die aus Kaufleuten bestehenden Handelsgerichte wirklich Nützliches haben, das ist ihre Entscheidung über das Thatsächliche, das sie immer richtig beurtheilen; dann über die Zweifel, die übrig bleiben, wenn die Beweisaufnahme keine vollständige Aufklärung ergeben hat. Sie bestimmen sich dann durch ein gewisses Gefühl der Billigkeit, welches sie in der Regel ganz richtig leitet, wie bei einem Schadensersatz, wo sie mehr als Sachverständige wie als Richter urtheilen. Leider aber führt sie das Gefühl der Billigkeit in anderen Fällen wieder zu weit, nämlich über das positive Gesetz hinaus. Sie verfahren mit aller Energie gegen böse Schuldner und die von denselben vorgebrachten Ränke und Ausflüchte. Jeder rechtliche Kaufmann hat einen Abscheu gegen Alles, was Treu und Glauben verletzt und keine Einrede findet vor ihnen Gnade, die nur dahin abzielt, sich seinen Verbindlichkeiten zu entziehen und den Gläubiger zu hintergehen. Als geübte Geschäftsleute durchschauen sie sogleich die Absicht, und wenn sie in letzter Instanz erkennen, also wissen, daß sie keine Reformation vom Appellhofe zu befürchten haben, so setzen sie sich über alle prozessualische Formen und nöthigenfalls auch über das positive Gesetz hinaus und erkennen auf das, was ihnen materiell Rechtens zu sein scheint. Indeß sind hier erworbene Rechte der Partheien in Frage. Die Gesetze sind für gute und böse Schuldner geschrieben und eine Form, welche der böse mißbraucht, dient dem guten als Schutz seines Rechts und als Sicherung seiner Vertheidigung. Wenn ein Richter einmal auf dem Wege ist, das formelle Recht zu Gunsten des materiellen (das heißt des von ihm, so gut er es versteht, für materielles Recht gehaltenen) zu beugen, so kommt er am Ende dahin, sich über das Gesetz in Fällen hinauszusetzen, wo das materielle Recht so gut verletzt wird wie das formelle. Das ist ein gefährlicher Mißbrauch.

In Frankreich und in allen Ländern, in denen die französische Gesetzgebung beibehalten ist, entscheiden Kaufleute als Handelsrichter in erster Instanz und die Appellhöfe in zweiter. Dies ist eine der größten Inkonsequenzen, die man im Gebiete der Gesetzgebung finden kann. Während in erster Instanz, also mit provisorischer Gültigkeit nur Kaufleute die geeigneten Richter sein sollen, werden sie bei Fortsetzung des Prozesses ungeeignet und es erkennen in zweiter Instanz, also definitiv, Juristen, von denen angeblich

keiner im Besitz der technischen Kenntnisse ist, die zu der richtigen Beurtheilung eines Handelsgeschäftes so nothwendig sein sollen. Nicht genug, daß in jedem einzelnen Falle das Urtheil der Kaufleute der Revision der Juristen unterliegt, jene müssen auch für die Zukunft die von den Appellhöfen in ihren Urtheilen aufgestellten Grundsätze trotz ihren entgegen stehenden Ansichten befolgen, sonst werden ihre Entscheidungen jedes Mal abgeändert. Also sind es trotz allen Kaufleuten doch Juristen, welche über jede technische und rechtliche Frage nicht nur die letzte Entscheidung ertheilen, sondern jenen auch die Gründe an die Hand geben, welche sie — die Techniker — in Zukunft befolgen sollen. So bleibt am Ende von dem Nutzen, der aus der Bildung der Handelsgerichte durch Kaufleute erfolgen sollte, nicht viel übrig.

Endlich ist das System der Einzelrichter ein entscheidender Grund gegen die Wahl der Kaufleute als Handelsrichter. Beide Systeme sind nicht vereinbar. Man kann einem Kaufmann, der immer nur eine Art Handelsgeschäfte versteht, unmöglich das Urtheil über alle andere ihm weniger bekannte Geschäfte anvertrauen.

Bisher ist in dieser Abhandlung das Bedürfniß abgesonderter Handelsgerichte als unbestritten vorausgesetzt. Indessen kann man auch dies noch bezweifeln. England und die alten Niederlande sind durch Handel und Industrie reich und mächtig geworden und beide Länder haben kein Bedürfniß besonderer Handelsgerichte gefühlt, noch weniger solcher, die aus Kaufleuten gebildet sind. Und in Frankreich selbst war, wie gesagt, das Bedürfniß nicht aus dem Handelsverkehr hervorgegangen, sondern aus äußeren ihm fremden Umständen. Wenn Ein Richter über alle persönlichen aus dem Obligationenrecht entstehenden Klagen entscheiden kann, so kann er es auch über die zwischen Kaufleuten entstehenden persönlichen Klagen. Wenn indeß, (wie wahrscheinlich ist) der Handelsstand eigene Handelsrichter wünscht, so ist kein Grund vorhanden, diesen Wunsch unberücksichtigt zu lassen. Es wird alsdann einer der Friedensrichter als Handelsrichter bestellt, der dies bleibt und darum von dem periodischen Wechsel in der Geschäftsvertheilung ausgeschlossen ist.

Seit Verkündigung der deutschen Wechselordnung ist Jedermann wechselfähig geworden. Der Wechsel ist also kein Handelsgeschäft mehr, das Wechselrecht ist von dem Handelsrecht in das gemeine Civilrecht zurückgekehrt und die Wechselklage gehört nicht mehr vor ein Ausnahmegericht, sondern fällt unter die allgemeine bürgerliche Gerichtsbarkeit zurück. Was bleibt da am Ende noch großes übrig, um besondere Handelsgerichte zu beschäftigen?

---

## XIX.

## Vom Kassationshof.

Der Kassationshof in Frankreich ist das Werk der alten Könige, die herrlichste Erfindung ihrer Kanzler, eine Einrichtung, welche der Rechtsverwaltung Festigkeit und Einheit gibt und den Schlußstein des ganzen Gebäudes der Gesetzgebung bildet. Schon Ludwig der Heilige, (établissements von 1270) hatte den Partheien gestattet, ihn um Revision und Reformation der gerichtlichen Urtheile zu bitten, welche das bestehende Recht verletzten. Die späteren Könige, von Philipp dem Schönen an, 1303, machten aus dieser Erlaubniß das Rechtsmittel, die Urtheile der Parlamente wegen Irrthums anzufechten (gratia proponendi errores). Der König entschied darüber in seinem Geheimen Rath, den die fränkischen Könige von jeher besaßen, der aber insbesondere in Frankreich schon im vierzehnten Jahrhundert eine feste Einrichtung erhalten hatte. Er wurde mit der immer anwachsenden Menge der Geschäfte in sechs Abtheilungen eingetheilt, deren letzte der conseil des parties war und vor diesen gehörten die Kassationsklagen gegen die rechtskräftigen Erkenntnisse der Parlamente in bürgerlichen Streitsachen. Das Verfahren war zuletzt durch ein Reglement vom 28. Juni 1738 geregelt, das noch heute Gesetzeskraft hat. Bei der Umgestaltung des Gerichtswesens durch die National-Versammlung wurde in dem Gesetz vom 16. August 1790 Tit. 2. Art 19 die Absicht ausgesprochen, gleichförmige Civil- und Kriminalgesetze für das ganze Reich einzuführen. Die Einheit in allen Theilen der Gesetzgebung erfordert einen obersten Gerichtshof, der sie erhalte und den unteren Gerichten zum richtigen Verständniß der Gesetze die Anleitung gebe. Zu diesem Zweck wurde ein Kassationshof für das ganze Reich durch Dekret vom 27. November 1790 angeordnet, welches später der Art. 19. Kap. 5 der Verfassung vom 3. September 1791 wurde. Es war diese neue

Behörde nichts anderes, als der alte conseil des parties im Geheimen Rath der Könige, verwandelt in einen für sich bestehenden Gerichtshof. Eingeführt ist derselbe am 20. April 1791 und er hat sich durch allen Wechsel der Regierungsformen und Dynastieen unverändert erhalten. Alles ist im raschen Wechsel wandelbar in Frankreich, das seit 1791 die zehnte Staatsverfassung hat; aber der Kassationshof bleibt unverändert derselbe, — ein Beweis seines anerkannten Werthes.

Der Kassationshof ist für die Partheien ein Gericht, um über die Klagen zu erkennen, mit denen sie die Rechtsirrthümer der ordentlichen Gerichte anfechten; für den Staat ist er eine politische Anstalt, welche die Aufgabe hat, die Einheit des Rechts und die verfassungsmäßigen Gränzen der Behörden aufrecht zu erhalten. Die erste Bedingung dazu ist Einheit der Gesetzgebung für das ganze Land. Der in Deutschland unter den Gelehrten geführte Streit über die Vorzüge einer einheitlichen Gesetzgebung vor dem bunten Gemisch der Provincial- und statutarischen Rechte wird bald durch bessere Gründe beendet sein, als durch gelehrte Argumente. Das Volk fordert Ein Gesetz für Alle und dessen Wille wird über kurz oder lang die Sache entscheiden. Dies vorausgesetzt beruht die Kassationsklage und der für dieselbe eingesetzte Gerichtshof auf folgender Idee. Die Gerichtsordnung gibt zwei ordentliche Instanzen. Der erste Richter wie der zweite verfahren ganz gleichmäßig bei ihren Erkenntnissen. Zuerst wird das Thatsächliche festgestellt, indem der Richter sagt, welche Thatsachen er durch Erklärungen, Urkunden oder anderweite Beweise nach seiner freien Ueberzeugung als wahr annehmen will oder vermöge einer gesetzlichen Regel als wahr annehmen muß. Das Thatsächliche wird dann unter das Gesetz gestellt, dessen Inhalt und Umfang zu erklären und anzuwenden die zweite Aufgabe ist. Wenn nun der dritte Richter (der Kassationshof) eben denselben Beruf hätte, wie die beiden ersten, nämlich Thatsachen und Gesetz gleichmäßig zu beurtheilen, so wäre das Verfahren eine dritte Instanz, die nicht gewährt sein sollte. Er hat nur die Bestimmung, die Einheit des Rechts zu erhalten, er kann daher nur den rechtlichen Theil der Entscheidung seiner Kritik unterwerfen, die Thatsachen bleiben unbeweglich, wie sie der zweite Richter in seinem Urtheil angenommen hat.

Die Annahme einer thatsächlichen Wahrheit ist Sache der subjektiven Ueberzeugung, die wandelbar ist nach Beschaffenheit der Menschen. Die Erklärung und Anwendung des Gesetzes dagegen ist nicht Sache der subjektiven Ueberzeugung, sondern des

objektiven Wissens und Urtheilens, wofür man im Gesetz selbst die feste Regel vor sich hat. Daher kann man die Richtigkeit der rechtlichen Deduktion, die der Richter in den Gründen seines Urtheils gibt, untersuchen, wie die Richtigkeit eines mathematischen Beweises. Sind nur zwei Instanzen bewilligt, so hat der zweite Richter die oberste und letzte Entscheidung im Thatsächlichen, die also keiner Abänderung unterworfen ist. Aber er kann in der rechtlichen Beurtheilung geeirrt haben. Er kann seine Kompetenz überschritten, er kann sich innerhalb seiner Kompetenz mehr Befugnisse angemaßt haben, als das Gesetz ihm gibt, er hat vielleicht wesentliche prozessualische Formen verletzt oder das Gesetz falsch erklärt und angewendet oder am Ende gar die Vorschrift des positiven Gesetzes absichtlich verlassen und aus dem Gefühl einer vermeintlichen Billigkeit dem einen Rechte zuerkannt, welche das Gesetz ihm versagt, dem andern aberkannt, was ihm gebührte. Bekannt ist es, daß jedes Gesetz bei der wirklichen Anwendung Streitfragen (Kontroversen) erzeugt, die jedes Gericht nach seiner Art entscheidet. Die französische Prozeßordnung, obgleich keine originale Schöpfung, sondern nur eine verbesserte und durch die neueren Gesetze vermehrte Umarbeitung der Ordonnanz von 1667, hat aus seinen 1042 Artikeln über 2000 Kontroversen geliefert, die freilich jetzt zum größten Theil erledigt sind und zwar vorzüglich durch den Kassationshof. Der Grund der überall entstehenden Streitfragen liegt theils in den Gesetzen, theils in den Handlungen und Ereignissen, auf welche sie angewendet werden. Das Gesetz ist zwar für alle Richter dasselbe; aber als Menschenwerk ist es unvollkommen und dessen Sinn muß oft mehr aus dem ganzen System erschlossen werden, statt denselben einfach aus den Worten herauszulesen. Die Unterlage des Systems ist wieder die Rechtswissenschaft, die bei verschiedenen Menschen verschieden ist. Endlich führt die unendliche und täglich wechselnde Mannigfaltigkeit menschlicher Handlungen die verschiedenartigsten Rechtsverhältnisse herbei und die immerwährende Ausdehnung des bürgerlichen Verkehrs bietet immer neue Verwickelungen zur Beurtheilung nach alten Gesetzen dar. Hierin liegt die reichhaltigste und nie versiegende Quelle zu Streitfragen. Juvenal's juris nodi et legum aenigmata *) fehlen in keiner Materie und oft

*) Justinian ahmt dem Juvenal nach, aber unglücklich. Legum aenigmata solvere in L. 12. §. 1. C. de legibus und legum laqueis innodata in L. 2. §. 18. C. de vet. j. enucl. Ein Gesetzgeber darf sich nicht selbst das Zeugniß ausfertigen, daß seine und seiner Vorfahren Werke Schlin-

sind die Gründe für die eine Meinung grade so gewichtig, wie die für andere. Die Richter, welche einmal eine (irrige) rechtliche Meinung nach reiflicher Prüfung angenommen haben, bleiben dabei, bis sie entweder sich selbst eines besseren belehren (was aber lange dauern kann) oder bis eine höhere Autorität sie nicht bloß belehrt, sondern auch veranlaßt, ihre bisherige Meinung zu verlassen. Ohne solche höchste Autorität wird sich jedes Gericht seine feste Praxis über die im Laufe der Zeiten vorkommenden Fragen bilden und statt der Einheit des Rechts hätte man trotz aller einheitlichen Gesetzgebung so viel verschiedene Rechte in manchen Materien, als Gerichte letzter Instanz da wären. Eben dieselben Kauf- und Pachtverträge geben nicht mehr dieselben Rechte und Pflichten und auf den Grund zweier gleichlautenden Schuldscheine wird der Schuldner in dem einen Gericht frei gesprochen, in dem anderen verurtheilt. Eine solche Rechtsunsicherheit ist nicht nur ein Unglück für die Partheien, sondern überdies eine Unehre für den Staat und dessen Rechtsverwaltung. Die Einheit des Gesetzes ist erst die eine Bedingung für die Einheit des Rechts, die zweite eben so wesentliche ist die Einheit in dem Verständniß und der Anwendung des Gesetzes. Diese zweite Bedingung erfüllt der Kassationshof, welcher den Vereinigungspunkt und die höchste Autorität für die Rechtseinheit bildet. In Deutschland hat man das Bedürfniß eines Kassationshofes darum niemals gefühlt, weil dessen Bestimmung auf anderem Wege erreicht wurde. Hier werden die Gerichte durch Rescripte des Justizministers und nöthigen Falls durch Kabinetsbefehle in den ihnen angewiesenen Schranken erhalten oder mit Anweisungen versehen, wie sie dies oder jenes Geschäft ausführen sollen. In einer freien Gerichtsverfassung aber hat weder der Justizminister noch das Oberhaupt des Staats den Gerichten etwas zu befehlen und es bleibt nicht einmal ein Gegenstand dazu übrig, wenn sie mit Ausschluß aller Verwaltungsarbeiten bloß die Bestimmung haben, den anrufenden Partheien zu sagen, was Rechtens ist. Alsdann ist der Kassationshof ein unabweisliches Bedürfniß, ein nothwendiges Supplement der gesetzgebenden Gewalt und das Organ, welches diese Gewalt gegen Eingriffe der Gerichte schützt.

Hier tritt uns nun die Frage entgegen: Was sichert die ge-

---

gen und Räthsel enthalten, über welche der Dichter und Satiriker spotten darf. Gellius erzählt vom Antistius Labeo, er habe die Sprache gründlich erforscht, eaque praecipue scientia ad enodandos plerosque juris laqueos utebatur. XIII. 10. 1.

setzgebende Gewalt gegen die Uebergriffe des Kassationshofes? — Seine bloß negative Wirksamkeit. Er schneidet nur Auswüchse ab, kann aber selbst keine treiben. Schon nach dem alten französischen Recht durfte der Geheime Rath des Königs nach erfolgter Kassation eines Urtheils nicht in der Sache selbst erkennen, sondern er mußte die Partheien an ein anderes Gericht verweisen. Das Dekret vom 27. November 1790 bestätigte diese Einrichtung mit den Worten: la cour ne peut sous aucun prétexe et en aucun cas juger le fond du procès. Die Franzosen sind in diesem Punkt durch ein feines Gefühl geleitet worden. Es liegt so nahe, es scheint so einfach und natürlich zu sein, daß der Kassationshof, der die richtigen gesetzlichen Gründe aufstellt, nach denen die vorliegende Frage beurtheilt werden muß, diese richtigen Gründen sogleich anwendet und über die Rechte der Partheien erkennt, die sich ja von selbst ergeben. Wer nur auf die Oberfläche der Sache sieht und die Wechselwirkung der Organe des Staats nicht erkennt, wird sagen: wozu ein neuer Prozeß, wozu eine zweite Entscheidung, die den Grundsätzen Folge leisten muß, welche der Kassationshof aufgestellt hat? Man kommt auf dem kürzesten Wege ans Ende und die Partheien gehen heim mit der endlichen Entscheidung in der Tasche. — Dennoch verfehlte der Kassationshof den Zweck, für den er bestimmt ist, wenn er zugleich Revisionshof wäre, wie der in Berlin war. Er soll alle anderen Gerichte in den Gränzen ihrer Kompetenz und der Gesetze halten und Ueberschreitungen abschneiden. Aber er hat selbst bestimmte Gränzen seiner Kompetenz und seiner Befugnisse, er steht selbst unter dem Gesetz. Wer soll ihn darin erhalten, wer soll seine Auswüchse abschneiden? Wäre er unfehlbar, so mögte er in der Sache selbst urtheilen; da er aber nicht unfehlbar ist, da er auch keinen Kassationshof über sich hat (der wiederum für sich eines dritten bedürfte), so muß ihn sein innerer Organismus in den Schranken halten, was dadurch erreicht wird, daß seine bloß negative Wirksamkeit ihm Ueberschreitungen unmöglich macht. Der Hof erkennt bloß auf Vernichtung des angegriffenen Urtheils. Nun wird die Streitfrage vor einem zweiten Gericht auf's Neue untersucht und alle Gründe des Hofes werden in kontradiktorischer Verhandlung der genauesten Prüfung unterworfen, in der sie sich vielleicht nicht haltbar zeigen und eine siegreiche Widerlegung erfahren. Der Hof wird sich daher wohl vorsehen und nur aus sicheren und überzeugenden Gründen ein Urtheil als gesetzwidrig kassiren. So wie der Kassationshof aber Revisionshof geworden ist, so hat er sein eigentliches Wesen verloren. Er

ist nun für die Rechtsfragen Gericht dritter Instanz geworden und in allen seinen Entscheidungen unfehlbar. Der Besitz der höchsten Macht zeugt für den Besitz der höchsten Weisheit und die höchste Macht im Saate irrt sich niemals, so lange sie vor jeder Widerlegung gesichert ist. Jede Gewalt strebt naturgemäß nach Erweiterung und so wird auch seine Macht ihn zu eben den Mißbräuchen verleiten, die zu verhindern seine Bestimmung ist. Manches Urtheil wird kassirt, das kein Gesetz verletzt hat, aber durch die thatsächlichen Gründe nicht gerechtfertigt zu sein scheint, die Kassation wird erkannt, um die verdiente Revision bewirken zu können. Die nächste Folge dieser Verfälschung seiner eigentlichen Bestimmung ist die, daß er seine Autorität bei den Gerichten und sein Vertrauen im Volke verliert.

Die Klage an den Kassationshof ist die Nichtigkeitsklage, die im allgemeinen in folgenden Fällen begründet ist:

1. wegen Inkompetenz oder (innerhalb der Kompetenz) Ueberschreitung der amtlichen Befugnisse,

2. wenn das Gericht über einen Antrag der Parthei gar nicht erkannt hat,

3. wegen Verletzung wesentlicher oder bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschriebenen Formen,

4. wegen Verletzung des das materielle Recht betreffenden Gesetzes.

Das nähere gehört in die Prozeßordnung.

Der Kassationshof ist zwar der höchste Gerichtshof, aber nicht der vorgesetzte der ordentlichen Gerichte, welche alle Fragen, die thatsächlichen wie die rechtlichen nach eigenem freien Ermessen und ihrer gewissenhaften Ueberzeugung entscheiden und an die Meinung des Hofes nicht gebunden sind. Er hat keine andere Autorität für sich, als die in freiwilliger Anerkennung des besseren bestehende. Es wird daher vorkommen, daß nach der Kassation eines Urtheils das zweite in dieser Sache erkennende Gericht die Ansichten des Hofes nicht theilt, dagegen die des ersten Richters bestätigt und gegen die Ansicht des Kassationshofes entscheidet. Nun wollen aber die Partheien das Ende ihres Prozesses erleben. Dazu gehört nothwendig, daß eine der beiden Meinungen siege und dies soll die des höchsten Gerichtshofes sein, dessen Bestimmung eben ist, die Regel für die Entscheidung ähnlicher Fälle zu geben und so Einheit in der Praxis zu gründen. Dadurch entsteht die schwierige Frage, wie dieser Streit zu schlichten sei, worüber in Frankreich sieben verschiedene Systeme geherrscht haben.

1. Wenn im alten Königreich die Parlamente die Ansicht

des Geheimen Raths des Königs nicht annehmen wollten, so wurde auf die zweite Kassationsklage die Sache durch Evokation an den Geheimen Rath gezogen und ein Urtheil unter königlicher Sanktion erlassen, welches zugleich ein Akt der gerichtlichen und der gesetzgebenden Gewalt war. Wo beide Gewalten durch die Verfassung des Staats getrennt sind, da ist dieser Weg nicht mehr möglich.

2. Das Gesetz vom 27. November 1790 Art. 21. Wenn nach zweimaliger Kassation das dritte Gericht wieder so entscheidet, wie die beiden ersten, so soll die gesetzgebende Gewalt vor Einleitung der dritten Kassationsklage eine Deklaration erlassen, nach welcher der Kassationshof sich richten wird.

3. Die Verfassung vom 5. Fructidor Jahres III Art. 256 verordnete die Einholung einer Deklaration schon nach der ersten Kassation und dem zweiten Urtheil, also vor der zweiten Kassationsklage.

Die Erfahrung zeigte bald die Verkehrtheit, die gesetzgebende Gewalt in die richterliche einzumischen und dabei führte diese Verwirrung doch nicht zum Ziel. Das Gesetz gab der Deklaration rückwirkende Kraft, sorgte aber nicht einmal dafür, daß sie auch sicher erschien. Die gesetzgebende Körperschaft konnte sie verweigern oder auch im Drange wichtigerer Geschäfte übersehen.

4. Es verordnete daher das Gesetz vom 27. Ventose Jahres VIII Art. 78, daß über die zweite Klage der Kassationshof in großer Sitzung entscheiden solle. Das Gesetz war so unvollständig, daß es nicht einmal sagte, welche Wirkung dies Urtheil für den dritten Richter haben solle.

5. Das Gesetz vom 16. September 1807 kehrte zu dem früheren System (Nro. 2) zurück, nur mit der Aenderung, daß die vorgeschriebene Interpretation durch ein vom Kaiser bestätigtes Gutachten des Staatsraths gegeben wurde. Weil aber der Erlaß einer Deklaration ein Akt der gesetzgebenden Gewalt ist, so erschien unter der Restauration die Bekleidung eines der gesetzgebenden Faktoren mit der ganzen gesetzgebenden Gewalt verfassungswidrig und deßhalb wurde

6. in dem Gesetz vom 30. Juli 1828 ein neues System geschaffen und zwar das schlechteste von allen. Nach der zweiten Kassation soll der Appell-Hof, an den die Partheien verwiesen werden, in großer Sitzung die Streitfrage entscheiden, und bei seinem Erkenntniß bleibt es. Da derselbe aber die Ansicht des Kassationshofes zu befolgen nicht verpflichtet war, so war ihr verfassungsmäßiges Verhältniß gerade umgedreht. Das Urtheil

des Kassationshofes hatte gar keine rechtliche Wirkung und nur die Geltung wie ein Gutachten; der Appell-Hof dagegen hatte die oberste Entscheidung. So war die Autorität jenes Hofes untergraben; denn wenn seine Entscheidungen keine praktische Wirkung haben, so wird er auch die Stütze der gesetzgebenden Gewalt für die Einheit des Rechts nicht ferner sein. Nach weiterer Bestimmung jenes Gesetzes sollte den Kammern in der nächsten Sitzung der Entwurf zu einer Deklaration vorgelegt werden. Der Versuch zeigte die Unausführbarkeit dieser Vorschrift, indem die wenigsten Streitfragen von der Art sind, um durch einen Akt der Gesetzgebung gelöst zu werden, wie namentlich wo es sich um Inhalt oder Umfang eines Begriffs handelt.

7. Das Gesetz vom 1. April 1837 verordnet, daß wenn auf die erste Kassation das zweite Gericht wieder wie das erste erkannt hat, über die zweite Kassationsklage der Hof in großer Sitzung entscheiden soll und daß auf die zweite Kassation das Gericht, an welches die Partheien verwiesen werden, sich nach der Ansicht des Hofes in seiner Entscheidung über den Rechtspunkt richten muß.

Wenn die gesetzgebende Gewalt von aller Einwirkung auf die Rechtsverwaltung fern gehalten werden soll, so bieten sich zur Erledigung der gegenwärtigen Frage zwei Wege dar:

> entweder entscheidet der Kassationshof materiell, oder der letzte erkennende Richter wird verpflichtet, die Ansicht des Hofes zu befolgen.

Beide Wege führen gleichmäßig zu dem beabsichtigten Ziel, dem Kassationshof die höchste Entscheidung über Rechtsfragen zu übertragen. Man sieht indeß wohl, daß der eine Weg so gut wie der andere eine sehr bedeutende Ausnahme von den Prinzipien enthält, auf denen die ganze Gerichtsverfassung erbaut ist. Wenn nun aber einmal die Nothwendigkeit geboten ist, das eine oder das andere Prinzip zu verlassen, so fragt es sich nur, welche Ausnahme von geringerer Bedeutung ist und auf dem kürzesten Wege zum Ziel führt. Die Franzosen haben bei dem Gesetz vom 1. April 1837 den Grundsatz mit aller Strenge festgehalten, daß der Kassationshof niemals und unter keinem Vorwande in der Sache selbst erkennen dürfe. Der Konsequenz zu Liebe üben sie Gewissenszwang gegen die anderen Richter aus. Aber mit welchem Recht? Haben etwa die Richter des Kassationshofes mehr Recht auf Gewissensfreiheit, wie die der Appelhöfe? Wenn das Gesetz statt dessen den Kassationshof ermächtigt, in der Sache selbst

zu erkennen, so behalten die Gerichte ihre volle Selbstständigkeit und die Richter ihre Gewissensfreiheit.

---

In den Verfassungen aller Staaten, mit Ausnahme Englands, ist es eine ungelöste Aufgabe, wo man unpartheiische Richter auf die Anklagen der Minister finden soll. Die Kammer der Abgeordneten erkennt die Anklage, und die erste Kammer besteht entweder aus Freunden oder Feinden der angeklagten Minister. Auch die königliche Ernennung der Richter gibt kein gerechtes Gericht, denn diese Ernennung ist eben das Werk des Ministeriums. Diese anscheinend unlösbare Aufgabe löst sich einfach, wenn die Mitglieder des Kassationshofes aus der Volkswahl hervorgehen. Sie sind die fähigsten Richter, die zu finden sind und weder Freunde noch Feinde der angeklagten Minister.

---

# XX.

## Von Kompetenz-Konflikten.

Die gerichtliche Gewalt gränzt von der einen Seite an die gesetzgebende, von der andern an die ausführende. Die Behörden, welchen diese Gewalten anvertraut sind, sollen nicht nur von einander getrennt sein, sondern auch unabhängig neben einander stehen und jede selbstständig in ihrem Wirkungskreise ihren Beruf erfüllen. Gränzstörungen und Uebergriffe in das jenseitige Gebiet sind nach allen Seiten möglich und um sie zu verhindern, um die Gränzen der verfassungsmäßigen Wirksamkeit jeder Behörde aufrecht zu erhalten, bedarf es besonderer Veranstaltungen. Worin diese bestehen müssen, soll die gegenwärtige Abhandlung zeigen.

1. **Uebergriffe zwischen der gesetzgebenden Gewalt und den Gerichtsbehörden.** In ruhigen Zeiten ist ein Uebergriff der gesetzgebenden Gewalt in die richterliche kaum denkbar; wenn es geschieht, so ist der ganze Staat in der Umwälzung und dann herrscht die Gewalt, welche die Gesetze schweigen macht. Umgekehrt können Eingriffe der Gerichte in die gesetzgebende Gewalt immer vorkommen. Sie bestehen darin, daß die Gerichte über die einzelne Streitfrage, die ihnen zur Entscheidung vorgelegt wird, hinausgehen und allgemein regelnde Verordnungen erlassen. Gegen direkte Eingriffe in die gesetzgebende Gewalt durch Verordnungen aus eigener Bewegung bedurfte es keines Verbots; denn dies thut kein Gericht. Wohl aber gegen die indirekten. Denn die Partheien veranlassen zuweilen durch ihre Anträge die Gerichte, bei Gelegenheit der Entscheidung über ein einzelnes Recht einen Grundsatz auszusprechen, der bei Wiederkehr derselben Frage als Norm der Entscheidung gelten soll. So haben die Gerichte

ohne Zweifel die oberste Entscheidung über die materielle und formelle Gültigkeit eines Heroldsaktes, über eine Ausfertigung, welche der Gerichtsschreiber ertheilt hat, über die Richtigkeit einer vom Kronanwalt erhobenen Klage; aber sie dürfen in ihrem Urtheil diesen Beamten nicht für die Zukunft vorschreiben, welches Verfahren sie beobachten, welche Form sie ihren Akten geben und ihnen nicht untersagen, was sie in Zukunft vermeiden sollen. Sie würden dadurch sich eine gesetzgebende Macht anmaaßen, die ihnen nicht gebührt, sie würden damit Gesetze schaffen, die ohne Verkündigung doch für Bürger und Behörden bindend sein sollen, sie würden über die Gränzen ihres Berufs hinausgehen und eingreifen in die freie Selbstbestimmung jener Beamten und Behörden nach ihrer eigenen Ueberzeugung. Mögen die Gerichte erster und zweiter Instanz immerhin die nämliche Rechtsfrage, so oft sie wiederkehrt, in gleicher Art entscheiden, mag der erste Akte vernichten, die der zweite aufrecht erhält, der erste Polizeiverordnungen anwenden, die der zweite für unanwendbar erklärt, — jeder ist in seinem Recht und hält sich in den Gränzen seiner Gewalt. Aber keiner von ihnen ist berufen, Regeln zur künftigen Befolgung vorzuschreiben.

Zur Verhütung solcher Uebergriffe genügt die Vorschrift der Gerichtsordnung, daß die Gerichte die an sie gebrachten Streitsachen entscheiden, aber keine allgemeine Verfügungen oder Verordnungen erlassen sollen. Gegen jede Uebertretung ist die Richtigkeitsklage eröffnet, die gewöhnlich im Interesse des Gesetzes zu erheben sein wird, da die Partheien selber kein persönliches Interesse dabei haben.

Verordnungen über den inneren Dienst' müssen von jenem Verbot ausgenommen werden.

2. **Uebergriffe zwischen den Gerichts- und Verwaltungs-Behörden.** Wenn die Prozeßordnung auf die in den Abhandlungen V und IX niedergelegten Grundsätze erbaut wird, so bedarf es auf Seiten der Verwaltungsbehörden keiner besondren Einrichtungen, um sie zu hindern, die Gränzen ihrer amtlichen Befugnisse gegenüber den Gerichten zu überschreiten und Gerichtssachen ihrer Entscheidung zu unterwerfen. Denn jeder Parthei steht es frei, ohne alle Mitwirkung des Richters ihren Gegner vorzuladen und dadurch das Gericht mit ihrer Streitsache zu befassen und alsdann kann auf die geschehene Einleitung der Angelegenheit im Verwaltungswege keine Einrede der Inkompetenz begründet werden. Denn die Gerichte prüfen ihre Kompetenz nach

eigener Beurtheilung und ohne Rücksicht auf die Ansicht anderer Behörden. Eben so wenig die Einrede der rechtskräftigen Entscheidung, denn diese Einrede setzt gerichtliche Urtheile voraus. Wenn also die Partheien in einer Angelegenheit, die von der gerichtlichen Kompetenz ist, aber bei einer Verwaltungsbehörde anhängig gemacht worden, von ihrer Befugniß, das Gericht damit zu befassen, keinen Gebrauch machen, da sie es jederzeit konnten, so war die Anerkennung der Kompetenz der Verwaltungsbehörde ihr freier Wille. Ueberdies sind sie durch deren Entscheidung nicht einmal gebunden, (es wäre denn ein Anerkenntniß erfolgt) und sie können immer noch den Rechtsweg betreten.

Anders mit den Gerichten in dem hier empfohlenen System. Da sie ohne ihr Zuthun mit einer Klage befaßt werden, da sie sogar erst durch die Vorladung Kenntniß davon erlangen, so sind sie gar nicht in der Möglichkeit, vor der Verhandlung ihre Kompetenz beurtheilen zu können. Der Verklagte oder die verklagte Behörde erscheint entweder oder erscheint nicht. Im ersten Fall ist Niemand da, der die Einrede der Inkompetenz einwendete. Bei solchen Angelegenheiten aber, welche die Verfassung den Verwaltungsbehörden übertragen hat, wo also Inkompetenz ratione materiae da ist, darf die Einrede der Inkompetenz niemals abgewartet werden, die staatliche Ordnung verlangt die Aufrechthaltung der verfassungsmäßigen Gränzen, welche nicht von den Partheien nach ihrem Belieben verwirrt werden dürfen. Der Richter ist nicht mehr Richter über Angelegenheiten, die von seinem amtlichen Beruf ausgeschlossen sind und er muß aus eigener Bewegung seine Gerichtsbarkeit ablehnen, weil er sie durch das Gesetz nicht hat und durch den Willen der Partheien nicht bekommen kann. Um so mehr ist es den Gerichten verboten, auf die Klage oder Opposition einer Parthei die Gültigkeit oder Zweckmäßigkeit einer Regierungs-Maaßregel ihrer Prüfung zu unterwerfen, die Beschlüsse einer Verwaltungsbehörde zu vernichten, die Fortsetzung eines eingeleiteten Geschäftes oder Verfahrens zu untersagen, die Ausführung eines Beschlusses zu verbieten, überhaupt die Behörden in irgend einer Art in ihrer amtlichen Wirksamkeit zu stören.*) Dieselben sind eben so gut Richter über ihre eigene Kompetenz, wie die Gerichte über die ihrige und wenn diese nicht angewiesen wären, von Amts wegen die verfassungsmäßigen Gränzen ihrer

---

*) Anders als mit Beschlüssen einer Verwaltungsbehörde ist es mi den Handlungen einzelner Verwaltungsbeamten, wofür sie verantwortlich gemacht werden können.

Befugnisse einzuhalten, so würde die fortwährende Berufung der Partheien von den Beschlüssen der Verwaltungsbehörden an die Gerichte jene sehr bald diesen unterordnen und so die verfassungsmäßige Trennung der Behörden umwerfen.

Daher muß die Gerichtsordnung den Gerichten jeden Uebergriff in den Geschäftskreis der Verwaltungsbehörden, jede Hemmung ihrer Wirksamkeit und jede Entscheidung über die Beschlüsse derselben verbieten und ihnen vorschreiben, von Amts wegen ihre Kompetenz über solche Sachen abzulehnen. Ein solches Gesetz will keineswegs den Gerichten jedes Urtheil über die rechtlichen Folgen eines Verwaltungsbeschlusses für die vor ihnen stehenden Partheien versagen, sondern es verbietet den Gerichten nur, als höhere Instanzen über die Gültigkeit solcher Beschlüsse zu erkennen. Wenn etwa eine Verwaltungsbehörde unbefugter Weise eine polizeiliche Vorschrift erlassen oder wenn sie, an sich kompetent, doch die Gränzen ihrer gesetzlichen Befugnisse überschritten hätte und nun ein Bürger wegen Verletzung dieser Vorschrift vor das Polizeigericht geladen wird, so ist der Verklagte befugt, die rechtliche Verbindlichkeit derselben zu bestreiten und der Richter sie zu prüfen und den Verklagten freizusprechen. Nur darf er die Vorschrift selbst nicht kassiren.

Die organischen Gesetze werden bestimmen, welche Angelegenheiten die Kompetenz der hohen oder niederen Verwaltungsbehörden umfaßt. Wenn man auch von der Voraussetzung ausgeht, der Grundsatz sei mit aller Konsequenz durchgeführt, daß alle Fragen über Mein und Dein der Entscheidung der Gerichte anheim fallen, so werden doch Fälle vorkommen, wo es zweifelhaft ist, ob eine Angelegenheit gerichtlicher oder administrativer Natur sei, wo die Verwaltungsbehörde ihre alleinige Kompetenz behauptet und die Inkompetenzerklärung des Gerichts erwirken will. Dann tritt das ein, was man in der neueren Gesetzessprache mißbräuchlich einen K o m p e t e n z - K o n f l i k t nennt.

Sie sind eine Erfindung der französischen Revolution und ein Werkzeug des Despotismus. Schon das Direktorium hatte aus politischen Gründen die Entscheidung über die aus dem Verkauf der Nationalgüter entstehenden Streitigkeiten den Gerichten entzogen. Die Verfassung vom 22. Frimaire Jahres VIII übertrug die oberste Verwaltung in den Departementen den Präfekten und erschuf einen Staatsrath, dessen Mitglieder eben so, wie die Präfekten, der erste Konsul, später der Kaiser, beliebig ein- und absetzte. Die Präfekten, mit oder ohne Befehl eines Ministers, erhoben durch förmlichen Beschluß den Kompetenz-Konflikt, der

dem Gericht durch den Kronanwalt vorgelegt wurde. Aus welchen Gründen und zu welchen Zwecken er immerhin erhoben sein mogte, seine unmittelbare Wirkung war der Stillstand der gerichtlichen Thätigkeit bis nach Entscheidung über den Konflikt. Er konnte zu jeder Zeit erhoben werden, auch nach rechtskräftiger Entscheidung, auch nach dem Urtheil des Kassationshofes und er hemmte die Vollziehung der ergangenen Urtheile. Der Staatsrath entschied über den Konflikt und er konnte die rechtskräftigen Erkenntnisse der Gerichte auch sogar die Urtheile des Kassationshofes vernichten. Alles war in den Händen und in der Willkühr des Kaisers und seiner Minister. Denn der Staatsrath war mit den unterthänigsten Subjekten bevölkert, von denen die meisten von gerichtlichen Angelegenheiten nichts kannten, manche auch nichts von Verwaltungssachen. Das Mitglied, welches auf den Einfall gekommen wäre, eine eigene Ueberzeugung zu haben, hätte sein Amt und das schöne Gehalt verloren. Wer sollte der Thor sein, der an seinem eigenen Schaden arbeitete! Unter solchen Bedienten-Seelen stand der Kassationshof. Mit dem wachsenden Despotismus des Kaisers Napoleon stiegen auch die Anmassungen der Präfekten und des Staatsraths und es kam dahin, daß Kompetenzkonflikte in Streitigkeiten erhoben wurden, welche erworbene Vermögensrechte der Bürger betrafen und aus Privatverträgen und dem Obligationenrecht zu entscheiden waren, worin kein Gesetz einer Verwaltungsbehörde die Entscheidung übertragen hatte, worin nicht einmal diese Behörde ein Recht der Untersuchung und Entscheidung in Ernst behauptete, — bloß um dem Kläger den Weg Rechtens zu versperren und ihn dadurch rechtlos zu machen. Der Kompetenzkonflikt ist das Veto des römischen Tribunen, der selbst keine Gerichtsbarkeit behauptete und nur das verhinderte, was die Gerichte thun wollten und pflichtmäßig nach den Gesetzen thun mußten.

In Deutschland hat man die Kompetenzkonflikte bereitwilligst von Frankreich übernommen und sie dienen auch unter uns häufig denselben Zwecken, wie dort. In Preußen ist durch das Gesetz vom 8. April 1847 ein Gerichtshof zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte eingerichtet, der halb mit Richtern halb mit Verwaltungsbeamten besetzt wird. Aber dieser so genannte Gerichtshof wird niemals nur den Schatten von der Autorität eines Kassationshofes erwerben; denn jeder weiß, daß die Minister, auf deren Befehl die Konflikte erhoben werden, sich auch die Richter aussuchen, welche darüber entscheiden sollen.

Ehemals war in Deutschland die Behauptung einer Parthei,

daß der gegenwärtige Streit keine Justizsache sei, nichts anderes als die gewöhnliche Einrede der Inkompetenz, über welche das Gericht entschied. So soll es auch sein, so muß es in jeder Staatsverfassung sein, welche Recht und bürgerliche Freiheit achten und schützen will und was noch mehr ist, die Verwaltungsbehörden haben nicht einmal ein Interesse daran, daß es anders sei; es wäre denn, daß die Staatsregierung auch ferner sich vorbehalten wolle, eine Parthei nach Belieben rechtlos zu machen. Es ist über allen Zweifel gewiß, daß das Befassen mit einem Prozeß jedem Gericht den Beruf und die Pflicht zum Urtheil über seine eigene Kompetenz auferlegt und daß die Partheien, so wie sie den Richter angerufen haben, ein erworbenes Recht auf dessen Entscheidung hierüber haben. Wenn die Verwaltungsbehörde, gleichviel in welcher Form, die Behauptung aufstellt, die bei Gericht anhängig gemachte Streitsache gehöre zu ihrer Kompetenz, so ist dies in der Wirklichkeit nichts anders als die Einrede der Inkompetenz. Wie kann man nun bei einer solchen Einrede von einem Kompetenzkonflikte reden? Stehen hier etwa zwei Behörden als Partheien einander gegen über, von denen jede ihre alleinige Kompetenz behauptet und zwischen denen ein höherer Richter entscheiden muß? Die Verwaltungsbehörde ist entweder Parthei in dem Prozesse oder nicht. Ist sie Parthei, so darf sie vor ihrem Gegner keine Vorrechte haben, sondern sie wendet die Einrede der Inkompetenz ein und verfolgt dieselbe durch die Instanzen. Ist sie nicht Parthei, so muß ihr die Prozeßordnung den Weg eröffnen, wie sie als Parthei eintreten kann und dies geschieht dadurch am bequemsten, daß ihr das Recht der Intervention bloß zur Einrede der Inkompetenz gegeben wird. Auf diese Weise wird der Kassationshof der oberste Richter über alle Kompetenzfragen werden und der unschätzbare Vortheil ist dadurch gewonnen, daß die Partheien gehört werden und sich vertheidigen können. Die Entscheidung über Kompetenzstreitigkeiten ist nicht politischer Natur, wobei Rücksichten der Nützlichkeit oder Zweckmäßigkeit geltend zu machen wären, sondern sie ist, wie jedes andere gerichtliche Urtheil, die Anwendung der bestehenden Gesetze auf eine einzelne Frage. Wer versteht nun die Gesetze richtiger zu erklären und anzuwenden, der Kassationshof oder das Staatsministerium mit oder ohne Staatsrath? Wer wird unpartheiischer urtheilen, der Kassationshof oder interessirte Verwaltungsbeamte? Oder glaubt etwa ein Gesetzgeber, die Partheien merkten es nicht, wo es hinaus wolle und welcher geheime Sinn darin verborgen liege, wenn eben die Verwaltungsbehörde, welche den Kläger mit seinen Forderungen abgewiesen hat, durch

Erhebung des Kompetenzkonflikts ihm nun auch noch den Weg Rechtens versperrt, damit er völlig hülflos werde? Es ist indeß nur in Belgien der Kassationshof der höchste Richter über die Kompetenz, in Frankreich ist es der Staatsrath geblieben. Warum dieser Unterschied? Weil man dort das Recht und die bürgerliche Freiheit aufrichtig schützen, hier aber den geheimen Vorbehalt bewahren wollte, Willkühr auszuüben und unter dem Schein einer recht gründlichen Prüfung der Kompetenz gewisse Partheien nach Auswahl der Regierung rechtlos zu machen.

In demselben Verlage ist erschienen und durch alle Buchhandlungen zu beziehen:

# Fan Kuei
oder
## der Fremdling in China.

### Uebersicht

der Sitten, Gebräuche, Meinungen, Gesetze, der Religion, des Handels und der Politik des chinesischen Volkes,

von

**Charles T. Downing Esqr.**

Nach der zweiten Auflage des Originales, mit Bezugnahme auf die neuesten Ereignisse umgearbeitet und mit Anmerkungen versehen,

von

**C. Richard.**

2 Bände. gr 8. 1841. Elegant geh. Preis 3½ Thlr. herabges. Preis 1 Thlr. 10 Ngr.

Diese sehr zeitgemäße Erscheinung enthält lebendige Schilderungen des Europäischen Treibens auf dem Cantonstrome und im gewühlvollen **Welt-Emporium** selber, verbunden mit außerordentlichem Reichthume anziehender Aufschlüsse über das Chinesische Volksleben, und gewährt einen schätzbaren Beitrag zum Ausfüllen einer bisherigen Lücke unserer Literatur.

---

# Der Krieg in China,

nach geschichtlichen Mittheilungen

der brittischen Offiziere

**M'Pherson, Elliot-Bingham u. A.**

von

**C. Richard.**

Gr. 8. 1843. Elegant geh. 2 Thlr., herabges. Preis 20 Ngr.

Dies Werk wird das Interesse Aller, welche an den Zeitereignissen Antheil nehmen, im höchsten Grade in Anspruch nehmen. Es

ist keine oberflächliche Uebersetzung, sondern eine selbstständige, sorgfältige Bearbeitung der besten Werke, welche in England über die letzten Ereignisse in China erschienen sind und enthält einen Schatz von Nachrichten, statistischen, politischen und militairischen, über dieses Land und seine Zukunft. Indem die Breite, welche die Lektüre englischer Werke so ermüdend macht, sorgfältig vermieden ist, bietet diese deutsche Bearbeitung eine eben so angenehme, als belehrende Lektüre.

---

# Ein Ausflug

## nach dem französischen Nord-Afrika,

von

**Max Maria Freiherrn von Weber.**

Inhalt: Paris. Die Rhone. Midi de France. Die Seefahrt. Algier. Arbah. Blidah und die Georges de la Chiffah. Die Moreska. Abend auf der Place Royale (Algier). Le bain maure. Einschiffung in Algier. Die Dampffregatte „Montezuma." (Fünf Tage an Bord des im Orient so berühmt gewordenen Schiffs, welches die Admiralsflagge „Hamelin" trägt.) Der Mistral. Kanonenschuß und Schluß.

9 Bogen. 8. Elegant brosch. Preis 15 Ngr.

---

# Roland's Graalfahrt.

## Ein Romanzen-Cyklus

von

**Max Maria (v. Weber.)**

10 Bogen. 16⁰. Elegant cart. mit Goldschnitt 24 Ngr., in engl. Leinwand mit Goldprägung 28 Ngr.

Ein junges, schöpferisches, bis jetzt nur in engeren Kreisen geschätztes Talent tritt hiermit zum ersten Male vor das Forum der Oeffentlichkeit. Träger eines großen berühmten Namens, zog der Dichter vor, noch unbekannt zu bleiben, um seine Schöpfung nur für sich selbst einstehen zu lassen. Sie gehört, nach dem Ausspruche mehrerer unserer gediegensten Schriftsteller, zu dem Gehaltreichsten

und Bedeutsamsten, was unsere neue Literatur im Gebiete der rein epischen Dichtungen aufzuweisen hat. — Aus tiefem Eindringen in den Geist mittelalterlicher Poesien hervorgegangen, gibt das Epos eine ideelle Bereicherung des Sagenkreises Karls des Großen. Der Dichter hat eine geistvolle Verschmelzung der Rolandssage mit der Graalsage neu geschaffen, und die Gestalten von Wittekind, Karl dem Großen, Fastrada und Alkuin mit Meisterhand in die Darstellung verwebt. — Die Erfindung ist durchweg Original und verdient schon um ihres poetischen Gehaltes und ihrer genialen Durchführung willen die allgemeinste Beachtung. Denn das Gedicht bietet in 12 abgeschlossenen und dennoch innig verknüpften Romanzen von strenger und consequenter Form ein, im Einzelnen eben so sinniges, als im Ganzen großartiges Gesammtbild: eine Verherrlichung der altdeutschen Sagenwelt. — Die höhere leitende Idee des Ganzen ist, eine moderne Lösung jener wunderbaren Graalsage zu geben, welche sich geheimnißvoll und ungelöst durch die herrlichsten Dichtungen der Minnesänger hindurchzieht. Die transscendente Symbolik jenes Allerheiligsten finden wir hier durchdrungen von dem humanistischen Element, im Lichte einer neuen Zeit und ihres Glaubens. — Und so wird das geistvolle Werk Jedem ein willkommenes sein, der für die Verherrlichung und Verwirklichung des Ideales der allgemeinen und reinen Menschlichkeit sich jemals begeisterte.

---

# So sollst du rauchen!

## Mysterien des Tabaks und der Cigarre.

### Ein unentbehrliches Hülfsbüchlein für jeden Raucher,

von

### Dr. H. Becott.

1. Weßhalb rauchen wir? — 2. Ist das Rauchen schädlich? — 3. Bestandtheile des Tabaks und deren Wirkungen. — 4. Tabak als Heilmittel. — 5. Die Einwirkung des Tabakrauchens. — 6. Wann soll man rauchen? — 7. Was sollen wir rauchen? — 8. Wie soll man rauchen?

4 Bogen. 8. Elegant brosch. Preis 7½ Sgr.

Nachdem **binnen 3 Monaten über 3000 Exemplare** dieser trefflichen Schrift verkauft worden, ist die Verlagshandlung autorisirt, obigen Namen für pseudonym zu erklären. Der Verfasser ist in der literarischen Welt als ausgezeichneter Naturforscher und ärztlicher Schriftsteller allgemein bekannt.

---

---

Schnellpressendruck von L. Moeker in Bergheim bei Cöln.

Schöllho

S. 82
83

[illegible] 96

[illegible] 107

[illegible] 134

Leue, Gustav

Ideen zu einer Gerichts- und Prozeß-Ordnung für Deutschland

Leipzig 1861